

**PROCESSO** - A. I. Nº 206896.0067/05-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAROLA ELETRODIESEL SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDOS** - MAROLA ELETRODIESEL SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0159-02/06  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 23/11/2006

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0429-12/06**

**EMENTA:** ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA. Os fatos ocorreram no exercício de 2003. A alínea “i” foi acrescentada ao inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 9.159/04, tendo efeitos jurídicos a partir de 10/7/04. A lei penal não se aplica retroativamente, a não ser quando deixa de considerar o fato como infração ou quando contempla pena mais branda. Multa indevida. **b)** INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. A alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê multa de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo que, em qualquer caso, a multa não pode ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços, quando for o caso. Na situação em exame, a multa diz respeito às divergências entre os dados dos arquivos magnéticos e os dos documentos correspondentes (segunda hipótese contemplada na estrutura da alínea “f”, em apreço). Como em todos os meses a multa de 5% sobre as diferenças entre os arquivos magnéticos e os documentos fiscais é inferior ao limite de 1% do valor das saídas, prevalece o valor da multa de 5%. Reduzida a multa, remanescendo os valores apurados na revisão efetuada pelo próprio fiscal autuante. Não acatadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão de primeira instância. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão 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, através do Acórdão nº JJF 0159/02-06, que julgou pela procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/9/05, apura os seguintes fatos:

1. falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados pela internet através do programa Validador Sintegra, sendo aplicadas 13 multas de R\$ 1.380,00, totalizando R\$ 17.940,00;
2. fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exibidos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo aplicada multa de R\$ 100.094,60.

O contribuinte apresentou defesa alegando, como preliminar a nulidade do processo administrativo, por afronta ao art. 28, III, e § 3º, VI e VII, do RPAF, primeiro porque não teria sido lavrado Termo de Arrecadação dos livros fiscais do estabelecimento, e, segundo, porque o Auto de Infração não apresentaria a descrição detalhada e circunstanciada dos fatos apurados, haja vista que a descrição feita pelo fiscal não permite entender se ele conseguiu ou não proceder ao fechamento do exercício, se houve omissão de lançamento de Nota Fiscal, de valores ou de produtos, havendo, portanto, dúvidas quanto às circunstâncias que levaram à autuação. Aduziu que os esclarecimentos reclamados serviriam para garantir o direito de ampla defesa, uma vez que o contribuinte, através do Termo de Encerramento, precisa ter a exata noção de todo o procedimento adotado pelo agente fiscal, protestando que esse direito não lhe foi garantido. Como terceira preliminar, alegou que não consta no Termo de Encerramento a declaração de devolução dos livros fiscais, de modo que, por consequência lógica da violação ao inciso III, do art. 28 do RPAF, também houve infringência ao § 3º, VII. Fundamentou o pleito argumentando que ambos os dispositivos tratam de garantias fundamentais da lisura do processo administrativo, bem como no fato de que aos contribuintes serão devolvidos todos os documentos fornecidos ao fisco. Reclamou, ainda, que recebeu cópia do Auto de Infração em 5 laudas, sem demonstrativo apto a indicar a forma de cálculo da suposta infração e sem documentos que demonstrassem exatamente como o agente fiscal chegou à base de cálculo da multa. Assinalou que, de acordo com o RPAF, caso haja demonstrativos e provas de que o contribuinte não disponha, devem os mesmos lhe ser fornecidos no ato da intimação do Auto de Infração. Argumentou que, como assim não ocorreu, o Auto de Infração é nulo, e nesse caso a nulidade é absoluta, não podendo ser suprida, por implicar verdadeira afronta ao direito de ampla defesa do contribuinte.

Quanto ao mérito, a defesa alegou que os arquivos magnéticos, a que alude o item 1º, deste Auto de Infração foram enviados, ainda que fora do prazo regulamentar, conforme faz prova a relação de arquivos recepcionados, salientando que tanto isso é verdade que o envio dos mencionados arquivos possibilitou ao fiscal suscitar uma eventual divergência entre os registros magnéticos e os livros fiscais, objeto do item 2º, deste Auto. Além disso – prosseguiu –, a multa do item 1º foi acrescentada à Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 9.159, de 9/7/04, publicada no DOE de 10-11, de julho de 2004, com efeitos a partir de 10 de julho de 2004, de modo que no período objeto da autuação a conduta ainda não era sancionada, estando, assim, havendo grave ofensa ao princípio da irretroatividade. Citou jurisprudência e preceitos do CTN.

Com relação ao item 2º, o autuado alegou que recebera em 8/8/05 uma intimação do fisco, segundo a qual a divergência apurada nos arquivos magnéticos teria ocorrido nos registros 50, 54, 70 e 75. Alegou que essa informação é insuficiente para fundamentar a infração em apreço. Reclamou que os critérios de quantificação da multa foram omissos no Auto de Infração, pois neste apenas consta uma base de cálculo de origem desconhecida, um percentual e o valor da pena, mas não indica a forma pela qual a multa foi encontrada, haja vista que os demonstrativos que constam no Auto são incompletos e não atendem à exigência do art. 28, IV, § 3º, IV e § 4º, II, do RPAF. Protestou que houve violação ao mandamento do art. 39, IV, “b”. Comentou a estrutura do Manual de Orientação para Usuários de Sistema de Processamento de Dados, relativamente aos registros tipo 50, 54, 70 e 75, mostrando que em relação a cada um deles há uma série de informações, e argumentou que, como o Auto se refere, genericamente, a uma intimação em que consta, apenas, uma simples referência aos registros supostamente dissonantes dos documentos fiscais, sem especificar quais são os dados divergentes ou os lançamentos omitidos, isso não é bastante para configurar a infração.

A defesa chama a atenção para o fato de que, no registro tipo 50, no período de 1/4/02 a 30/4/02, o valor das saídas é de R\$ 301.444,91, e no resumo de operações dos livros fiscais do mesmo período consta o mesmo valor, porém, no Auto de Infração o fiscal indicou o inexplicável valor de R\$ 61.416,66, como tendo sido omitido, sem, contudo, indicar a origem da divergência. Reclamou que o fiscal autuante deveria, sob pena de nulidade do Auto, discriminar as divergências encontradas, inclusive para que fosse possibilitado ao autuado proceder aos devidos ajustes e exercer com plenitude o seu direito de defesa, sobretudo porque, até 22/11/02, eram inexigíveis alguns dados posteriormente tornados obrigatórios. Comentou a possibilidade de o fiscal ter adotado os critérios atualmente exigíveis, mas não previstos à época dos fatos considerados. Observou que o seu estabelecimento opera com mercadorias cujo imposto é pago por substituição tributária, alegando que, por esse motivo, não há interesse econômico ou qualquer outro para lançar dados incorretos nos arquivos magnéticos, de modo que, se algum lançamento foi lançado equivocadamente, isso decorreu da complexidade inerente ao Sintegra, e não a intuito doloso ou culposo do contribuinte, que atendeu prontamente a todas as intimações que lhe foram feitas.

Argumentou a defesa que, mesmo que ficasse caracterizada a divergência a que alude o art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, o valor da multa seria diverso daquele que foi apurado pelo autuante, haja vista que, segundo o demonstrativo à fl. 89 [sic], sobre as diferenças entre os livros fiscais e os registros magnéticos foi aplicado o percentual de 5% e apurado o limite estabelecido para a multa, de 1% sobre o valor das saídas, porém o fiscal não indicou como chegou aos valores autuados, porque nos demonstrativos que constam no Auto foi utilizada base de cálculo diversa de qualquer uma das discriminadas às fls. 8-9, uma vez que apenas o valor da multa consignada em cada um dos períodos corresponde ao limite de 1% sobre as saídas, calculado no demonstrativo. Segundo a defesa, o cálculo da multa é manifestamente incorreto, pois o fiscal não atentou para a correta base de cálculo a ser considerada na fixação da multa. Apontou como paradigma o caso do Auto de Infração nº 207185.0003/02-4, no qual foi aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”. Observou que, ao tempo dos fatos autuados, a redação da alínea “f” do inciso em apreço era diferente da atual. Argumentou que, nos termos do art. 112 [do CTN], a redação anterior ainda vigorava, pois, na interpretação da norma tributária sancionatória, deve-se ater ao sentido mais favorável para o contribuinte. Conclui que o valor da multa deveria ser calculado em função das saídas omitidas, sendo tal valor, também, a base para cálculo do seu limite. Considerou que o fiscal autuante inovou na base de cálculo, uma vez que, em praticamente todos os meses, o valor da multa de 5% sobre os supostos valores omitidos nas saídas é inferior ao limite de 1%, mas, mesmo nesses casos, o fiscal aplicou o limite máximo.

Pediu que se aplique o art. 158 do RPAF, reduzindo-se ou cancelando-se as multas, alegando que a empresa comercializa mercadorias enquadradas no sistema de substituição tributária por antecipação, razão pela qual não teria havido omissão de pagamento do tributo. Aduziu que, apesar do atraso no envio dos arquivos magnéticos, sempre apresentou tempestivamente a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). Disse que não agiu de forma dolosa, com intenção de fraudar ou simular situação jurídica. Considerou preenchidos os requisitos do art. 158 do RPAF. Pediu, enfim, que se declarasse a anulação ou que, no mérito, se reconhecesse a improcedência das multas.

O fiscal autuante prestou informação reconhecendo que, no caso do item 1º do Auto de Infração, a alínea “i” foi acrescentada ao inciso XIII-A do art. 42 [da Lei nº 7.014/96] pela Lei nº 9.159/04, tendo efeitos jurídicos a partir de 10/7/04, “*não sendo devida a multa aplicada no período consignado*”.

Com relação ao item 2º, o fiscal informa que, à época da ação fiscal, não localizou os representantes legais da sociedade, e por isso entrou em contato com a sua contadora e procuradora, Sra. Joselinda Maria A. Silva, na Rua Padre Vieira, nº 5, sala 405, Edif. Santa Cruz, a qual informou que a empresa havia sido fechada, e em breve seria requerida a baixa. Diante disso, o fiscal intimou a contadora para que fossem apresentados os livros e documentos da sociedade. Como não foram entregues todos os elementos solicitados, foi feita nova intimação, solicitando o Registro de Inventário em meio magnético e os arquivos magnéticos devidamente

retificados e validados, fornecendo relação dos arquivos recepcionados, nos quais contavam algumas omissões. Não tendo sido atendida a intimação, foi feita nova intimação, concedendo o prazo de 30 dias úteis para que fossem apresentados os arquivos devidamente corrigidos, criptografados e validados. A intimação não foi atendida. Aplicou-se então a multa.

O fiscal voltou a dizer que não cabe a multa imposta no item 1º. Considerou que o órgão julgador poderia substituir aquela multa pela prevista no inciso XX, do art. 915, do RICMS. Quanto ao item 2º, ponderou o fiscal que talvez a empresa não tivesse recebido do preposto, Sr. André Luís Andrade Silva, os demonstrativos das diferenças apuradas, constantes às fls. 30 e 31. Observou que o aludido preposto foi quem assinou o recibo referente à devolução dos livros e documentos, à fl. 489. Sugeriu que fosse reaberto o prazo de defesa.

O órgão preparador determinou a reabertura do prazo de defesa e forneceu ao representante do autuado cópias dos elementos às fls. 8 a 25 e 490 a 495.

O autuado, por seus representantes, deu entrada em petição dizendo reiterar todos os termos da impugnação já feita. Questionou o despacho do órgão preparador determinando a reabertura do prazo de defesa, invocando a nulidade do Auto de Infração e do processo administrativo, argumentando que não existe disposição no RPAF que autorize a reabertura de prazo de defesa, razão pela qual considera que o aludido despacho não tem o condão de sanar as nulidades existentes no lançamento em discussão. Sustentou que os demonstrativos anexados com as informações prestadas pelo fiscal, nos quais constam supostas inconsistências, não são suficientes para fundamentar as imputações, haja vista que não foi esclarecido se ocorreu omissão no registro das operações (alínea “f” do art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96) ou se o que houve foi falta de entrega dos arquivos magnéticos (alínea “g”), pois ora a multa é de 1%, ora é de 5%. Além disso – prosseguiu – o fiscal não demonstrou a origem das supostas divergências, não fazendo sequer referência às Notas Fiscais não escrituradas. Reclamou que, além disso, não é possível perceber se a base de cálculo foi o valor das entradas ou das saídas, sendo que sempre é aplicado o valor-limite de saídas, mesmo quando esse valor não é ultrapassado, e, por conseguinte, é patente a inconsistência do Auto de Infração e dos seus demonstrativos.

Com relação às multas do item 1º, o autuado assinalou que o fiscal, ao prestar a informação, assumiu a ilegalidade da imposição das aludidas penas. Considerou que o autuante foi infeliz ao sugerir que o órgão julgador substitua as multas aplicadas por outra, argumentando que, se assim procedesse, o CONSEF estaria usurpando a competência do agente fiscal e afrontando o direito à ampla defesa.

Relativamente ao item 2º, declarou reiterar os termos e fundamentos da defesa já apresentada. Considerou que as informações prestadas pelo fiscal autuante em nada contribuem para esclarecer os fatos, pois o autuante não adentrou ao mérito da questão, informando tão-somente que a empresa não havia cumprido suas intimações para apresentação dos arquivos magnéticos, de modo que, com tais declarações, o fiscal apenas contribuiu para aumentar a insubsistência do Auto, uma vez que novamente não esclareceu se houve omissão de informações ou falta de apresentação dos arquivos. Observou que, no caso de não apresentação dos arquivos, a multa aplicável é diversa da que foi aplicada pelo autuante. Aduziu que os demonstrativos não são capazes de dirimir as dúvidas acerca da suposta infração, uma vez que não descrevem a origem das diferenças apontadas e não esclareceu qual a multa aplicada, nem tampouco a real base de cálculo. Protestou que sempre é aplicado o limite da multa, qual seja, de 1% do valor das saídas, mesmo quando as penalidades não ultrapassem tal valor.

Pediu que se acolhesse o pleito de nulidade da autuação, e, por cautela, pediu que, no mérito, o Auto de Infração fosse declarado improcedente.

Dada vista dos autos ao fiscal autuante, este se pronunciou dizendo que, novamente intimado o contribuinte para, no prazo de 30 dias, na forma regulamentar, retificar os seus arquivos magnéticos, que continuavam irregulares, foram fornecidas cópias dos relatórios que apontavam as inconsistências anteriormente informadas, quando da primeira intimação para realização do mesmo fim, *“recebendo do mesmo CD-ROM e recibos dos novos trabalhos realizados pelo*

autuado”. Informou que, procedendo à análise dos arquivos apresentados nessa nova fase, constatou mais uma vez que os mesmos continuavam a apresentar divergências nos valores em relação aos livros fiscais de entradas, saídas e apuração. Opinou pela manutenção da multa. Juntou documentos.

Intimado do teor da informação, o sujeito passivo manifestou-se frisando ser nulo o procedimento fiscal, acusando o fiscal de estar a fazer do processo administrativo fiscal um verdadeiro processo fiscalizatório, haja vista o que foi dito por ele na informação prestada. Reclamou que o processo administrativo fiscal não compreende novas fases fiscalizatórias, e, depois da lavratura do Auto de Infração, o seu objeto jamais poderá ser substituído ou modificado. Argumentou que, após a lavratura do Auto de Infração, não é o momento para se proceder a nova fiscalização. Reclamou que, se depois surgem outros elementos, estes sequer poderiam ser subsídios para a lavratura de um novo Auto de Infração, e em nenhuma hipótese poderia modificar o existente. Chamou a atenção para as divergências entre os demonstrativos originários e os apresentados pelo autuante após a informação prestada: a) as divergências das entradas no exercício de 2001 foram alteradas de R\$ 2.296.227,46 para R\$ 34.172,88; b) as divergências das entradas no exercício de 2002 foram alteradas de R\$ 2.363.985,38 para R\$ 60.186,33; e c) as divergências das entradas no exercício de 2003 foram alteradas de R\$ 3.482.058,07 para R\$ 67.249,99. Alegou que, com essas alterações, está-se diante de uma suposta nova conduta. Considerou que, mesmo que viesse a se configurar novo descumprimento – cuja ocorrência nega –, descabe convalidar a infração originária, objeto da impugnação, porque se trata de condutas diversas, pois isso infligiria o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que, ao se modificar totalmente o objeto do Auto, apenas foi dado prazo de 10 dias para manifestação do sujeito passivo. Alegou que os demonstrativos das supostas inconsistências não são suficientes para fundamentar as infrações apontadas. Citou doutrina. Renovou o pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O fiscal autuante manifestou-se dizendo que, como a fonte dos dados foi produzida e fornecida pelo autuado, nada mais tem a acrescentar, mantendo os termos da autuação, com a retificação requerida.

Através do Acórdão JJF n.º 0159-02/06, a 2.ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à primeira preliminar suscitada decidiu que *“O fiscal tem o dever de lavrar Termo de Arrecadação sempre que retira livros ou documentos do estabelecimento do contribuinte ou do escritório do contador”,* sendo esse *“um direito do contribuinte, para evitar que, depois, em caso de extravio ou fatos desse gênero, seja a ele atribuída culpa pela ocorrência”;* todavia, *“apesar de o fiscal autuante ter violado a norma do art. 28, III, do RPAF, considero que esse fato não implica cerceamento de defesa”,* rejeitando-a;
- b) quanto à segunda preliminar de nulidade, asseverou o *a quo* que *“O art. 18 do RPAF enumera as situações que implicam nulidade do procedimento fiscal”,* ao passo que *“Seu § 1º prevê que ‘eventuais incorreções ou omissões’ e a não-observância de exigências meramente formais não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que o fato seja sanável, caso em que se dá o prazo de 10 dias para que o contribuinte se manifeste a respeito dos novos elementos, após o saneamento”,* ressaltando que *“Na jurisprudência do CONSEF, construiu-se a orientação no sentido de que, quando não se tratar de ‘eventuais incorreções ou omissões’, mas sendo técnica e juridicamente possível a correção do vício, se proceda à correção e em seguida se reabra o prazo de defesa”,* razão pela qual *“a descrição dos fatos e as retificações efetuadas nos demonstrativos fiscais às fls. 511/513 resolvem a questão suscitada como preliminar pela defesa”,* assinalando que a questão voltará a ser tratada mais adiante quando do exame do mérito;
- c) no que tange à terceira preliminar, decidiu que *“Nesse ponto, o contribuinte tem razão em parte ... não no que concerne à alegação de que não constaria no Termo de Encerramento a declaração de devolução dos livros fiscais, haja vista que, conforme observação constante no*

*final do 'Auto de Infração/Termo de Encerramento', na fl. 3, é dito que 'foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal', mas sim porque "essa declaração é inverídica, haja vista que, diante do protesto da defesa, o fiscal autuante juntou 'recibo' à fl. 489, no qual consta que os livros e documentos do autuado somente foram devolvidos no dia 18/10/05"; ressaltou que "o autuado foi intimado do Auto de Infração no dia 10/10/85" e "Como os livros e documentos só foram devolvidos ao preposto do autuado no dia 18/10/05, teria havido cerceamento de defesa, pois a lei prevê o prazo de 30 dias para o contribuinte, querendo, defender-se, e, evidentemente, para poder defender-se de forma eficaz, ele precisa estar de posse de seus livros e documentos desde o termo inicial daquele prazo"; todavia, "tendo em vista que foi reaberto o prazo de defesa, considero sanado o vício";*

- d) de referência à quarta preliminar, entendeu o *a quo* que *"O órgão preparador determinou a reabertura do prazo de defesa, e forneceu ao representante do autuado cópias dos elementos às fls. 8 a 25 e 490 a 495"*, razão pela qual foi rejeitada, de igual forma, a referida preliminar;
- e) no que concerne ao *meritum causae*, do item 1, do presente Auto de Infração, entendeu que *"Os fatos considerados ocorreram no exercício de 2003. A alínea "i" foi acrescentada ao inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 9.159/04, tendo efeitos jurídicos a partir de 10/7/04. A lei penal não se aplica retroativamente, a não ser quando deixa de considerar o fato como infração ou quando contempla pena mais branda. A multa é indevida. A sugestão do fiscal no sentido de que se substitua a multa por outra não tem fundamento legal"*;
- f) quanto ao item 2, decidiu que *"Realmente, ao ser feita a intimação, o fiscal autuante não entregou ao preposto da empresa cópias dos demonstrativos e demais elementos em que se baseou para lavrar o Auto de Infração, como manda o art. 46 do RPAF. Note-se que nos papéis às fls. 8 a 25, que são imprescindíveis para a compreensão do Auto de Infração, não consta a assinatura do preposto da empresa declarando ter recebido cópias. Aliás, os demonstrativos às fls. 8 e 9 não foram sequer assinados pelo fiscal autuante, em desrespeito ao mandamento do art. 15, II, do RPAF, c/c o § 1º. Ao prestar a informação, o autuante sugeriu que fossem fornecidas cópias apenas das fls. 30 e 31 (que correspondem às fls. 8 e 9), porém, corretamente, o órgão preparador determinou a reabertura do prazo de defesa, e forneceu ao representante do autuado cópias dos elementos às fls. 8 a 25 e 490 a 495"*, restando, pois, superada a questão de falta de elementos para a defesa; acrescentou, ainda com relação ao mencionado item, que *"Mudanças de valores dos lançamentos no curso do processo são comuns no processo administrativo. O que não pode haver é a apuração de fatos novos ou a inclusão de valores não lançados originariamente que impliquem majoração do débito. Porém as correções de erros são bem vindas, na busca da verdade material. Quando essas correções são feitas nesses termos, dando-se oportunidade para que o contribuinte se manifeste sobre elas, não há ofensa ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa do autuado"*;
- g) quanto aos valores devidos, a título de multa, asseverou, após transcrever as multas aplicadas nas legislações vigentes à época da autuação e a então vigente, que *"Em princípio, a norma aplicável é aquela que se encontrava em vigor à época dos fatos. No entanto, em matéria penal, quando uma nova lei é mais benéfica para o infrator, ela se aplica retroativamente"*, razão pela qual *"No caso em exame, a redação atual da alínea "f" considerada é mais benéfica para o contribuinte porque estabelece um limite – a multa, mesmo que tivesse de ser maior, não pode ultrapassar de 1% do valor das saídas de mercadorias (e das prestações de serviços, se fosse o caso). Sendo assim, concentro-me no cálculo da multa pelo critério atualmente em vigor"*; observa que *"Na situação em exame, a multa será calculada sobre as divergências entre os dados dos arquivos magnéticos e os dos documentos correspondentes (segunda hipótese contemplada na estrutura da alínea "f")"*, concluindo no sentido de que *"os valores devidos são os especificados na coluna 'Total da Multa' do demonstrativo à fl. 513 (e não os da coluna 'Valor Limite 1% Saídas). Remanescem os valores apurados na revisão efetuada pelo próprio fiscal autuante"*; logo, *"O demonstrativo do débito do item 2º*

*deste Auto de Infração deverá ser feito com base nos dados da coluna 'Total da Multa' do demonstrativo à fl. 513, totalizando R\$ 23.443,37 (R\$ 5.117,64 em 2001, R\$ 7.926,85 em 2002 e R\$ 10.398,88 em 2003)";*

h) foi rejeitado o pedido de cancelamento ou redução da multa, fundado o art. 158 do RPAF, haja vista não ter sido demonstrado que o fato não implicou falta de pagamento do imposto.

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual, a R. 2.<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Outrossim, o autuado insurge-se contra a Decisão proferida na parte em que fora sucumbente, repisando todos os argumentos expendidos em suas peças até então atravessadas nos autos, inclusive no que concerne às preliminares de nulidade anteriormente suscitadas, pleiteando, ao final, pela nulidade ou improcedência da autuação em epígrafe.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, asseverando, inicialmente, que *"a razão para a exigência da multa relativa a infração 02 está na divergência encontrada nos arquivos magnéticos que, mesmo após indicados pelo Fiscal, não foi corrigida pelo contribuinte."* Observa que os documentos de fls. 8/25 e 490/495 foram entregues, ainda que posteriormente ao contribuinte, para o seu exercício de defesa, tendo sido reaberto o prazo de 30 dias, razão pela qual não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. Outrossim, após análise dos documentos que foram entregues, indicando as divergências encontradas nos arquivos magnéticos, entende que *"tais relatórios são suficientes para que o contribuinte no prazo concedido os corrija, o que não foi feito"*. Ressalta que *"O objeto do Auto de Infração não foi alterado, como alega o recorrente"*, visto que *"Na fase instrutória, o relator observou algumas falhas cometidas pelo fiscal autuante e no uso de suas atribuições determinou o saneamento com a conseqüente reabertura de do prazo de defesa"*. Por fim, assinala que o voto do Relator de primeira instância revela com muita clareza o cumprimento pelo Fisco das regras relativas ao processo administrativo fiscal e demonstra que não houve qualquer prejuízo ao contribuinte que teve toda a condição de exercer ampla e irrestritamente o seu direito de defesa, opinando, ao final, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Antes de ingressar no âmbito de análise dos Recursos Voluntário e de Ofício propriamente ditos, convém analisar e enfrentar, *ab initio*, as arguições preliminares de nulidade, suscitadas pelo sujeito passivo.

Nesse sentido, comungo do entendimento esposado pelo nobre relator da Decisão recorrida, bem como pela ilustre representante da PGE/PROFIS em seu opinativo, em relação às quatro preliminares suscitadas pela defesa, invocando *in totum*, como se aqui estivessem literalmente transcritos, todos os fundamentos invocados pelo julgador de primeira instância.

Saliento, ainda, que a razão para a exigência da multa relativa à infração 2 está na divergência encontrada nos arquivos magnéticos que, mesmo após indicados pelo Fiscal, não foi corrigida por parte do contribuinte. Ademais, os documentos de fls. 8/25 e 490/495 foram entregues, ainda que posteriormente ao autuado, a fim de que pudesse o mesmo exercer o seu direito de defesa, tendo sido reaberto, em seu favor, o prazo de 30 dias, razão pela qual não há que se falar em cerceamento daquele direito. Acresça-se a isso o fato de que, após análise dos documentos que foram entregues, indicando as divergências encontradas nos arquivos magnéticos, tais relatórios são suficientes para que o contribuinte, no prazo concedido, os corrija, o que efetivamente não ocorreu.

Outrossim, ao contrário do pugnado pelo contribuinte, não houve alteração do objeto do Auto de Infração não foi alterado, como alega o Recorrente, posto que, tendo o Relator de primeira instância, no curso da instrução processual, verificado a existência de vícios sanáveis na

autuação e determinado a correção das mesmas, reabrindo-se o prazo de defesa, é suficiente para o atendimento do princípio constitucional argüido como violado.

Ingressando no âmbito de análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, cura informar que reparo algum merece o *decisum* de primeira instância. Senão, vejamos.

O valor da multa aplicada à infração 2 foi corretamente retificado pelo julgador de primeira instância, ao fazer incidir à espécie a hipótese prescrita na redação atual da alínea *f*, considerada mais benéfica ao contribuinte porque estabelece um limite ou teto quanto ao montante – não pode ultrapassar de 1% do valor das saídas de mercadorias (e das prestações de serviços, se fosse o caso). A multa, de forma correta, foi calculada sobre as divergências entre os dados dos arquivos magnéticos e os dos documentos correspondentes (segunda hipótese contemplada na estrutura da alínea “*f*”), tendo agido com acerto o *a quo* ao aplicar ao caso vertente os valores especificados na coluna ‘Total da Multa’ do demonstrativo à fl. 513, apurados na revisão efetuada pelo próprio fiscal autuante.

Quanto ao pleito de cancelamento ou redução da multa, fundado no art. 158, do RPAF, aplicada na infração 2, *permissa venia*, razão alguma assiste ao autuado, posto que não restou demonstrado nos autos que o fato não implicou em falta de pagamento do imposto e apesar de intimado e reintimado para proceder às retificações, quedou-se inerte em procedê-las, não elidindo a infração.

No que se refere ao Recurso de Ofício, entendo ter agido com acerto a Decisão ora recorrida, vez que, quanto à infração 1, os fatos considerados ocorreram no exercício de 2003, sendo que a alínea “*i*” foi acrescentada ao inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 9.159/04, tendo efeitos jurídicos a partir de 10/7/04. Ora, é de corriqueira sabença que a lei penal não se aplica retroativamente, a não ser quando deixa de considerar o fato como infração ou quando contempla pena mais branda em relação ao contribuinte, razão pela qual insubsistente se apresenta a mencionada infração.

Ainda na seara de análise do Recurso de Ofício, mais especificamente em relação à redução do montante devido na infração 2, a análise e conclusão quanto ao acerto da Decisão recorrida já foram anteriormente realizadas, quando do exame do Recurso Voluntário interposto.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, em que evidenciado não merecer qualquer reparo a Decisão proferida no âmbito de primeira instância, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício apresentados, mantendo *in totum* a Decisão prolatada em Primeira Instância.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206896.0067/05-1, lavrado contra **MAROLA ELETRODIESEL SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$23.443,37**, prevista no art. 42, XIII-A, “*f*”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS