

A. I. Nº - 115484.0001/05-4  
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTES - GISELIA RIBEIRO GUIMARÃES e ROSY MERY TAVARES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - IFEP/METRO  
INTERNET - 16.12.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0455-02/05**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado erro na apuração do débito. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Fato não contestado. 3. PESCADOS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. a) SALGADOS. PEIXE MIRAGAIA. Restou comprovado que apenas parte das operações não foram oferecidas à tributação. Item parcialmente subsistente. b) SALMÃO. RESFRIADO E/OU CONGELADO. Acusação insubstancial por se tratar de mercadoria sujeita a redução de 100% na base de cálculo. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIAS SUPÉRFICIAIS. DEOCOLÔNIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A aplicação da alíquota de 25%, nas operações internas com perfumes, sob a denominação de “Déo-colônia” é a prevista em Lei. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foi tributada corretamente a 17%. Infração parcialmente caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração caracterizada. 6. MULTA PERCENTUAL APPLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Reduzido o débito por erro na sua apuração. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime quanto à infração 05.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2005, reclama o ICMS e MULTA no valor total de R\$ 1.178.575,28, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS no valor de R\$ 349.160,88, nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2002, janeiro, março a dezembro de 2003, através de notas fiscais de aquisição e transferências de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme ANEXO 02 (docs. fls. 29 a 29 a 297, 299 a 398).
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 104.505,25, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2003, conforme ANEXO 03 (docs. fls. 297 a 2908, 399 a 447, e 2556 a 2557).
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 30.991,89, nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativamente a vendas de peixe miragaia salgado e salmão sem o débito do imposto, a despeito de utilizado o crédito fiscal por ocasião da aquisição das citadas mercadorias, conforme ANEXO 04 (docs. fls. 448 a 457).
4. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$ 26.029,19, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte aplicou a alíquota de 17% na comercialização de mercadorias consideradas supérfluas com alíquota de 25% mais 2% de Fundo Adicional da Pobreza, nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, conforme ANEXO 05 (docs. fls. 458 a 472).
5. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, referente ao período de janeiro a março de 2002, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 262.044,28, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas nos respectivos valores de R\$ 7.764.612,34; R\$ 7.923.102,45 e R\$ 10.516.714,12, conforme ANEXO 06 (docs. fls. 473 a 561).
6. Multa percentual, no valor de R\$ 7.720,12, sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (bateria para automóveis), e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme ANEXO 07 (docs. fls. 562 a 579).
7. Recolhimento do ICMS efetuado a menos por antecipação, no valor de R\$ 398.123,67, em razão de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a junho, e novembro de 2003, em razão de ter utilizado a pauta fiscal ao invés dos preços constantes nos documentos fiscais, conforme ANEXO 08 (docs. fls. 580 a 703).

O sujeito passivo por intermédio de seu representante legal, em sua defesa administrativa às fls. 917 a 949, impugnou as infrações na forma que segue.

Infração 01 – Justificando que houve falha nos lançamentos que resultaram em utilização indevida de créditos fiscais, por inversão do CFOP, o autuado reconhece parte dos valores apontados pela autuação.

Em seguida, apontou as seguintes inconsistências nos demonstrativos que instruem a autuação:

- a) Inclusão de mercadorias tributadas normalmente nas operações de saídas;
- b) Créditos fiscais considerados indevidos sem constarem escriturados nos livros fiscais;
- c) Duplicidade de valores exigidos.

Informa que elaborou novos demonstrativos (docs. fls. 950 a 995) tomando por base o levantamento dos autuantes, com a exclusão dos valores relativos às seguintes mercadorias, argumentando que:

- ✓ MERCADORIAS NÃO CADASTRADAS NA EMPRESA POR DEVOLUÇÃO - a entrada ocorre somente para registro da nota fiscal, cujos valores dos ICMS creditados foram estornados através de notas fiscais de saídas para os fornecedores com débito do imposto no mesmo valor.
- ✓ CALÇADOS – foi incluído na substituição tributária a partir de 01/03/2003, através do Decreto nº 8.413 de 30/12/02, efeitos a partir de 01/03/03.
- ✓ BEBIDA NUTRITIVA ADES ABACAXI 1L – trata-se de bebida à base de soja, e não se enquadra na substituição tributária, conforme artigo 353, 3.4.
- ✓ AÇÚCAR CRISTAL YOKI BCO 100 G 157 – o açúcar confeitado para cobertura de bolos, com adição de aromatizantes/corantes – NCM 1701.91;00 tem tributação normal (17%), e difere do constante no artigo 353 do RICMS/97.
- ✓ AÇÚCAR UNIÃO LIGHT 1 KG – é adoçante de mesa, classificado no NCM 2106.9090 Outras Preparações Alimentícias, e não se enquadra no artigo 353, 12, do RICMS/97.
- ✓ ABÓBORA MORANGA PORTAL EXP 61002 – AGRIÃO DE ÁGUA FOLHA LARGA 61004 – ALFACE CRESPA G RAPIDS PORTAL 61011 – ALFACE LISA DE VERÃO PORTAL 61006 – ALMEIRÃO FOLHA LARGA REDICHE 61009 – COUVE FLOR BOLA DE NEVE 61018 – COUVE MANTEIGA PORTAL 61020 – são sementes de hortaliças com tributação normal de 17% - NCM 1207.99.10.
- ✓ ÁGUA OXIGENADA BIOCOLOR CR 20 V 100ML – BICARBONATO SÓDIO KITANO 30G 15425 – TIT TAC CENTUM 1009 (PRENDEDOR DE CABELO) – não fazem parte do regime de substituição tributária disposto no RICMS/BA. Esclarece que estas mercadorias têm classificação no NCM constantes nas notas fiscais emitidas pelos fabricantes ou distribuidores, divergentes dos constantes no RICMS/BA, como enquadradas na substituição tributária. Foram retiradas também as notas fiscais lançadas em duplicidade e os valores de ICMS apontados como créditos indevidos, que não foram lançados no Registro de entradas.
- ✓ MERCADORIAS ABAIXO TÊM TRIBUTAÇÃO NORMAL (17%):

PRODUTOS	ESPECIFICAÇÃO	NCM
ALCACHOFRA BIONATUS 60 CAPS	Extrato vegetal em cápsulas	1302.19.90
CASTANHA DA INDIA BIONATUS 50 CAPS	Extrato vegetal em cápsulas	1302.19.90
LECITINA DE SOJA BIONATUS C/45 CAPS MEGA MASS NUTR WHEY PROTEIN CHOC 900 MEGA MASS NUTR MULHER CHOC 400 G MEGA MASS NUTR HOMEM CHOC 400 G MEGA MASS NUTR MULHER CHOC 400 G	Complementos alimentares	1302.19.90
GUARANÁ EM PÓ PRO-VIDA 85G GUARANÁ EM PÓ API-NUTRE 60 G	Guaraná Pó	1211.90.90
LEVEDO CERVEJA PRO-VIDA 200 G	Levedo Cerveja	2102.30.00
PROPOLIS API-NUTRI EM SOL ALC 30 ML PROPOLIS API-NUTRI SPR H/LIMÃO 30 ML PROPOLIS API-NUTRI SPRAY ACEROLA 30ML PROPOVIT PLUS SPRAY 35 ML	Própolis	0410.00.00

BARBEADOR PHILIPS HQ-5426 3LAM BIV	Barbeador elétrico	8510.10.00
CHOCO CROC SUPERBOM 300G CHOKOS.COM.BR KELLOGG'S 200 G	Produtos a base de cereais não torradas	1904.20.00
CHOCOLATE PÓ NESTLÉ 200 G	Chocolate em pó	1806.10.00
DISKETTE EMTEC 3.5 HD FORMATADO	Art.informática-redução da base de cálculo em 58,825%	8523.20.90
FIBRA DE TRIGO MAIS VITA 500 G R 079 FIBRA DE TRIGO PRO-VIDA 300 G	Fibra de trigo	2302.30.90
GERMEN DE TRIGO PRO-VIDA 500 G	Germen de trigo	1104.30.00
XAROPE ARAOEIRA COM JORDÃO 200 ML XAROPE GROSELHA CERESER 1000ML XAROPE KRIFF 150 ML XAROPE PIAGENTINI GROSELHA SUR 900 ML	Xaropes	2106.90.00
BEBIDA LÁCTEA DE MAIS UHT 1L LEITE AROMAT NESCAU PRONTINHO 200 ML SUCO NESTLÉ FRUTES MIX MAR 315G 1976 SUCO NESTLÉ FRUTES MIX MARAC 1L 1998 SUCO NESTLÉ FRUTES MIX UVA 1KG 1999 SUCO NESTLÉ FRUTES MIX UVA 315G 1977	Outros leites aromatizados	0403.90.00
LEITE AROMAT PARMALAT CHOC 200 ML LEITE AROMAT PARMALAT MORANG 200ML	Bebida láctea	04.03.90.01
FILEZINHO SEARA FRANGO 330 G	Filezinho empanado	1602.39.00
PÃO DE FORMA PORTAL C/1 228	Art.em couros p/ animais	4205.00.10
PEITO PERD CHESTER DEF FAT 200 G	Produto industrializado em formato de presunto	1602.32.00
SALGADITOS YOKITO BACON 50G	Outros salgados	1905.90.90
TRIGO YOKI P/KIBE 500 G 075		1103.11.00
SUCO DE FRUTAS 300 ML	Suco de fruta fab. e nat. vendido na padaria	
BISC.LÃ DE CASA ARGOLINHA 200 G BISC.LA DE CASA BATATA DOCE 200 G BIS LA DE CASA CASADINHO 200 G BISC. LA DE CASA CEBOLINHA 200 G BISC LA DE CASA GOMA 200 G BISC.TENTAÇÃO CAREQUINHA 200 G BISC. TENTAÇÃO DE QUEIJO 180 G SEQUILHOS TENTAÇÃO COCO 200 G SEQUILHOS TENTAÇÃO CREME LEITE 200 G SEQUILHOS TENTAÇÃO CREME LEITE 20 G	Sequinhos fornecidos por fabricantes localizados no Estado da Bahia, e inserido no item 11.4 do art. 353 do RICMS/97.	
BOLO MAIS VITA INT 500 G 999 BOLO SEMPRE LIGHT CHOC 350 G BOLO SEMPRE LIGHT LARANJA 350 G	Mistura para bolo, art. 353, 11.3 do RICMS/97	1901.20.00
BOLO KAROL MASSAS BACIA/BEBE BOLO KAROLMASSAS ROLO GOIABA	Bolos inseridos no item 11.4 do art. 353 do RICMS/97	

Infração 02 – Informa que se dispõe a recolher os valores que considera corretos apurados em seu demonstrativo. Justificou as correções dizendo que no demonstrativo apurado pelos autuantes verificou aquisição por notas fiscais de transferência para consumo, de revistas e periódicos de uso interno, e de material gráfico, como revista G. Barbosa (encarte promocional), cartazes, boletim informativo, e outros, que entende não incidir a cobrança do imposto, nos termos do artigo 6º, incisos I e XIV, alínea “d”, itens 1 e 2, do RICMS/97.

Infração 03 – Destacou que no demonstrativo intitulado de Mercadorias Cadastradas em ECF como Isentas – Miragaia e Salmão, na coluna “Aliq.” consta a alíquota de 17% no peixe miragaia, e 0% no peixe salmão.

Diz que observou no demonstrativo elaborado pela fiscalização que o peixe Miragaia Salgado, somente no período de janeiro a outubro de 2003 foi feito o cálculo corretamente, sendo assim, são devidos os valores de novembro e dezembro. Apesar disso, anexou à peça defensiva cópias de cupons fiscais e novo demonstrativo retirados da fita detalhe do PDV, para comprovar sua afirmação de que esse produto foi tributado na saída.

Quanto ao Peixe Salmão Resfriado ou Congelado, alega que houve interpretação errônea dos prepostos fiscais, por entender que consoante o artigo 1º do Decreto nº 7.577 de 25/05/1999, foi reduzida em 100% a base de cálculo do ICMS nas operações com pescados, excetuando-se da regra apenas o pescado salgado, cozido ou destinado a industrialização.

Infração 04 – Discorda da exigência fiscal calculada à alíquota de 25% sobre o produto Deo Colônia de Alfazema e Lavanda, com base no artigo 51, II, “h”, do RICMS/97.

Infração 05 – Para justificar o descumprimento da obrigação acessória de que cuida este item, o autuado diz que em 02/01/2002, G. Barbosa Comercial Ltda, sucedeu a antiga empresa G. Barbosa & Cia Ltda, assumindo controle dos negócios e dos ativos, e que com a nova administração ao ser trocado o servidor de informática, e reinscrito o sistema operacional, durante a importação de dados de um sistema para o outro, foram perdidas informações de itens de mercadorias movimentadas através de notas fiscais, que não tinham sido armazenadas conforme o lay out exigido pelo Validador do Sintegra, no antigo sistema do computador. Diz que não foi possível recuperar parte das informações relativas ao período de janeiro a abril de 2002, e visando o cumprimento dos prazos de entrega enviou os arquivos do Sintegra, Versão 3.3.2, sem a informação do Registro 54, 60R (detalhe de itens de mercadorias) e 75 (descrição dos itens). Informa ainda que não foi possível enviar os arquivos com finalidade retificadora, criptografados pelo Sintegra.

Por conta disso, e dizendo que não houve má fé, fraude ou dolo, pois entregou todos os demais arquivos dos demais períodos, solicita que o órgão julgador, com base no artigo 158 do RPAF/99, proceda a exclusão da multa de 1% aplicada, substituindo-a pela multa prevista no artigo 915, inciso XIII-A do RICMS/97, equivalente a R\$ 1.380,00 por cada período (janeiro e fevereiro de 2002), pois o mês de janeiro, o arquivo foi entregue em 08/09/2004 atendendo a solicitação da SEFAZ.

Infração 06 – Não foi questionada pelo autuado a multa que foi aplicada, tendo se prontificado a recolher o montante lançado neste item da autuação.

Infração 07 – Alega que o levantamento que instrui esta infração constante do Anexo 08 apresenta erros de informações, tendo apresentado demonstrativos com as correções que entende corretas.

Em seguida, aduz que a insuficiência da apuração quando da análise dos documentos fiscais e contábeis, levanta dúvidas, e não permite a ocorrência de condições suficientes para o julgamento do processo administrativo. Por conta disso, argüi, com base no artigo 137, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a necessidade de realização de diligência fiscal, a ser realizada no estabelecimento, e com base em exames de todos os documentos anexados à presente defesa, em razão de diferenças existentes entre os levantamentos da fiscalização e os seus levantamentos, considerando, segundo o autuado, que :

- a) A fiscalização não constatou que determinadas mercadorias a tributação do ICMS ocorre normalmente na saída dos produtos, por não estarem enquadradas no regime de substituição tributária (infração 01);
- b) Não foi verificado corretamente o lançamento da nota fiscal no Registro de Entradas (infração 01);

- c) Não foram observados nos livros fiscais todos os lançamentos apresentados nos demonstrativos como créditos indevidos;
- d) Havia sido feito o estorno, através das notas fiscais de saídas para os fornecedores, com débito de imposto no mesmo valor (infração 01);
- e) Não foram consideradas as notas fiscais dos fornecedores que comprova a correta classificação fiscal das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária no NCM (infração 01);
- f) Foram incluídas indevidamente no demonstrativo da fiscalização valores referentes a aquisição de notas fiscais de transferências para consumo, de revistas e periódicos de uso interno e de material gráfico (infração 02);
- g) Anexou à defesa cupons fiscais, retirados da fita detalhe do PDV, para comprovar que o produto foi tributado na saída (infração 03);
- h) Como prova dos erros e equívocos cometidos pela fiscalização foram refeitos e apresentados novos demonstrativos;

Teceu algumas considerações sobre o princípio da busca da verdade material, inclusive na visão de professores de direito tributário, e citou a jurisprudência no âmbito do Conselho de Contribuintes em que foram anuladas decisões de primeira instância, por cerceamento de defesa, por falta de exame da documentação juntada ao processo pelo contribuinte e o esclarecimento da não aceitação dos mesmos.

Finalizou, reiterando seu pedido de diligência fiscal, nos termos do artigo 145, e 150, inciso I, do RICMS/97.

As autuantes em sua informação fiscal às fls. 2036 a 2042, inicialmente salientam que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, e que as infrações estão descritas com clareza, contendo os elementos e a respectiva fundamentação legal.

Esclarecem que o débito apurado por utilização de crédito indevido consta de um único levantamento, não havendo prejuízo para nenhuma das partes em virtude da multa aplicada ser em função da infração cometida.

Rebatem as alegações defensivas na forma que segue.

Infração 01 – Informam que em virtude do autuado ter utilizado as planilhas que instruem os autos, destacando em vermelho alguns registros; ignorando outros; e criando uma coluna que entende devida, para evitar futuras diligências, foi elaborado novo levantamento, informando as razões da defesa que foram acatadas, quais sejam.

- VOL.IF FLS. 950 DO PAF – em 03/01/2003 – NF 9600 Babuche Picadilly chan 33/39 – crédito devido R\$ 5,07; 14/02/2003 NF 697357 – chuteira Topper vibrat 37/44 – crédito devido R\$ 68,26 dia 03/03/2003.
- MEDICAMENTOS A BASE DE PLANTAS MEDICINAIS – esclarecem que todas as notas fiscais apresentadas não fazem parte do levantamento, e são documentos fiscais pertencentes a outros estabelecimentos, a exemplo de cabides, prateleiras, assento sanitário, brincos, anéis, pingentes, meia aliança, etc – fls. 1016,1017. Dizem que foram excluídos pelo autuado todos os medicamentos fitoterápicos feitos a base de plantas medicinais, porém não foram apresentadas as cópias das respectivas notas fiscais de compras pelo estabelecimento, e sim de aquisições feitas de farmácias de sua propriedade (fls. 1003, 1004, 1007).
- MERCADORIA NÃO CADASTRADA NA EMPRESA – explicam que as mercadorias foram assim descritas nos arquivos magnéticos, e que no curso da ação fiscal foram expedidas intimações

para que o autuado esclarecesse do que se tratava, no que não foram atendidos (docs. fls. 516 e 517). Apesar disso, declararam ter acatado as razões da defesa, no tocante as notas fiscais de devolução às fls. 1068 a 1087, e excluíram do levantamento estes itens.

- BEBIDA NUTRITIVA ADES ABACAXI 1L, FLS.924 – afirma que o crédito é indevido, pois foi confirmado pelo próprio autuado tratar-se de bebida feita a base de soja e enriquecida com suco de frutas, sujeitando a substituição tributária por estar enquadrada no NCM 2202.90.00, cópia da NF nº 118.871, fl. 1030 (Volume IV).
- AÇÚCAR CRISTAL YOKI BCO 100 G 157 – Sustentam que este produto faz parte da substituição tributária, por se tratar de açúcar de confeito, confirmado pelo próprio autuado, não havendo incidência de ICMS na saída, conforme resumo de todos os seus PDV's sob o título “Relação das Vendas Registradas em PDV de todos os tipos de açúcar efetuados por G. Barbosa Comercial Ltda, IE nº 56.626.880-NE fornecido pelo autuado.
- ABÓBORA MORANGO... AGRIÃO DA AGUA...ALFACE CRESPA...ALMEIRÃO...COUVE FLOR MANTEIGA (FLS.925) – Dizem que estas mercadorias são classificadas como hortícolas e estão contempladas como isentas no artigo 14 do RICMS/97.
- ÁGUA OXIGENADA, BICARBONATO, TIC TAC, BARBEADOR ELÉTRICO – reconhecem que os créditos fiscais destes produtos são devidos, e informam que os mesmos foram excluídos do novo demonstrativo.
- CHOCOLATE CROCANTE SUPERBOM 300 G E CHOKOS. COM.BR KELLOG – salientam que o autuado não apresentou prova de sua alegação de que os produtos são não torradas, e desta forma, estão enquadrados no item 8.5 do artigo 353, do RICMS/97, o que torna indevido os crédito fiscal apropriado.
- CHOCOLATE PÓ NESTLÉ – consideram devido o crédito fiscal, e procederam a exclusão no novo demonstrativo elaborado na informação fiscal.
- DISKETE EMTEC (FL. 927) – argumentam que o crédito é indevido por se tratar de mercadoria sujeita a redução de base de cálculo, o estabelecimento utilizou o valor total do crédito fiscal.
- BEBIDA LACTA DE MAIS UHT, LEI AROMAT., NESCAU PRONTINHO, SUCO NESTLÉ FRUTESS (FL. 928) – ressalta a confirmação do autuado da utilização indevida quando juntou cópia da Nota Fiscal nº 279.434 da Nestlé, fl. 1040 e outras, uma vez que não pertencem ao período ou ao estabelecimento autuado.
- PÃO DE FORMA (FL. 950) – item excluído pelas autuantes.
- FILEZINHO SEARA FRANGO, PEITO PERD. CHESTER – que não foi apresentado nenhum documento ou nota fiscal que indicasse estes produtos com as nomenclaturas e NCM comprovando a sua classificação fiscal.
- SALGADITOS YOKITO BACON 50G – entendem que são salgados industrializados sujeitos a substituição tributária, e que o autuado não comprovou sua alegação defensiva. Mantém os valores como créditos indevidos.
- TRIGO YOKI PARA KIBE 500 G. 075 – argumentam que o crédito é indevido, pois este produto está relacionado no artigo 353, 11.1, do RICMS/97, e o autuado não apresentou cópia da nota fiscal emitida pelo fabricante com o NCM destacado.
- SUCO DE FRUTAS 300 ML – mantém a exigência fiscal, em virtude do autuado não ter apresentado cópia da nota fiscal emitida pelo fabricante com o NCM destacado.

- BISCOITO LÃ DE CASA ARGOLINHA 200 G; BISC.LA DE CASA BATATA DOCE 200G; BISC. LA DE CASA CASADINHO; BISC. LA DE CASA CEBOLINHA 200 G; BISC LA DE CASA GOMA 200 G; BISC.TENTAÇÃO CAREQUINHA 200 G; BISC. TENTAÇÃO DE QUEIJO 180 G; SEQUILHOS TENTAÇÃO COCO 200 G; SEQUILHOS TENTAÇÃO CREME LEITE 200 G; SEQUILHOS TENTAÇÃO CREME LEITE 20 G – Concordou que realmente estes produtos não estão relacionados no item 11.4 do artigo 353, do RICMS, porém, esclarecem que o crédito fiscal foi considerado indevido em virtude do autuado não os ter tributado na saída, considerando o disposto no art. 506 do RICMS/97, seus incisos e parágrafos.
- BOLO MAIS VITA INT 500 G 999; BOLO SEMPRE LIGHT CHOC 350 G BOLO KAROL MASSAS BACIA/BEBE; BOLO KAROLMASSAS ROLO GOIABA – não são mistura para bolo conforme alegado na defesa, pois se tratam de produtos acabados, não se enquadrando no artigo 506, § 5º, “b”, II, do RICMS/97. Informam que estes produtos não foram tributados na saída, conforme comprova o cupom fiscal à fl. 392, Vol. I, e relação de alguns produtos com saídas sem tributação.
- OUTRAS EXCLUSÕES - dizem que as demais exclusões efetuadas pelo autuado são indevidas, e estão desacompanhadas das devidas provas. Para demonstrar a improcedências das exclusões efetuadas pelo autuado sem provas ou justificativas, foi juntada relação de alguns produtos com saídas sem tributação.
- DUPLICIDADE DE LANÇAMENTOS – Pedem que sejam observados os destaque nos demonstrativos às fls. 972 a 975, Vol IV, admitindo que realmente ocorreram lançamentos em duplicidade, porém, ressaltam que cabe ao autuado justificar porque os números das notas fiscais coincidem, porém em datas totalmente diversas, chegando a ter um espaço de tempo de oito meses de um lançamento para outro. A título de exemplo foram citados: Fl. 972, NF 2077, 14/10/03, não duplicidade de lançamento, pois a nota fiscal é a mesma, e os produtos são distintos; NF 141009 141009, 15/10/03, esta nota foi repetida várias vezes em virtude das mercadorias serem discriminadas de acordo com suas referências e seus códigos (quando os códigos são iguais, as notas fiscais são diferentes); NF Fl. 991, Vol. IV, NF 808521, lançada em 11/3/03 e 30/10/03; NF 127129 lançada em 13/03/03 e 21/12/03, também com códigos, referências e números distintos, e assim acontece em todos os casos. Explica que na coluna “justificativa”, o autuado informa a data do recebimento, sem juntar cópias dos livros que comprovem não ter utilizado o crédito duplamente, nem justificou porque no mesmo exercício existe o mesmo número de notas fiscais.

Infração 02 – Mesmo tendo sido reconhecido pelo autuado esta infração, as autuantes salientam que através das planilhas anexadas ao Vol II, fls. 400 a 447, bem como das inúmeras intimações, os arquivos magnéticos não traziam a descrição dos produtos, e foi admitido que nunca foram corrigidos, no que culminou com a multa por inconsistência dos arquivos magnéticos.

Infração 03 – Discordaram da alegação defensiva, esclarecendo a origem deste item, dizendo em relação ao PEIXE MIRAGAIA SALGADO que: 1) Os cupons fiscais encontram-se nos autos às fls. 1089, 1090 e 1091, Anexo 04, Vol IV; 2) as planilhas entregues ao autuado foram extraídas dos arquivos magnéticos fornecidos, não sendo suprimida nenhuma informação, cujas conclusões fiscais estão em coluna adicional ICMS DEVIDO; 3) foi apurado débito para o período de janeiro a dezembro, dos anos de 2002 e 2003, docs. fls. 449 a 452.

No caso do PEIXE SALMÃO RESFRIADO OU CONGELADO, sustentam o lançamento dizendo que o autuado não observou as disposições contidas nos artigos 14, XIII, “a”, 78, III, “a”, 343, XLII do RICMS/97.

Infração 04 – Confirmaram o procedimento fiscal, ressaltando que o autuado apenas transcreveu parte do inciso 71; não apresentou nenhuma prova ou documento que servisse de base para contestar a ação fiscal; pedem sejam observados os documentos às fls. 1093 a 1103, Vol IV do PAF, anexados pelo autuado que se limita exclusivamente a excluir o que considerou como devido.

Infração 05 – Reafirmam a aplicação da multa referente às inconsistências dos arquivos magnéticos, informando que o autuado não apresentou justificativas aceitáveis, ressaltando que a infração é distinta da falta de apresentação de documentos fiscais conforme foi argüido na defesa.

Infração 07 – Destacam que conforme planilhas fls. 581 a 585, Vol II do PAF, na coluna Observações, está descrito de forma inequívoca como foi apurado o débito, e que constam no CD-R constantes nos autos, todas as fórmulas matemáticas para a apuração do débito, cujas bases de cálculos foram extraídas dos seus Mapas de Apuração de Antecipação Tributária, fls. 586 a 703 do mesmo volume, e o autuado não apontou os alegados equívocos na apuração do débito.

Concluindo, quanto a diligência requerida pelo autuado, as autuantes entendem a necessidade de realização, porém, argumentam que já atenderam o pleito do contribuinte, o que levou inclusive a detectar em alguns meses a existência de um débito a mais do que o apurado inicialmente, em virtude dos primeiros arquivos apresentados terem inconsistências quanto a apuração do crédito, fato que poderá ser constatado, tanto nas planilhas apresentadas, quanto nos arquivos gravados na data da contestação em CD-R (docs. fls. 2044 a 2286).

Através de advogado legalmente constituído, o autuado, às fls. 2288 a 2315, manifestou-se sobre a informação fiscal, onde inicialmente rechaçou a afirmação da fiscalização de que havia ignorado o trabalho de fiscalização, dizendo que ocorreu foi a tentativa da fiscalização de inverter o ônus da prova.

Em seguida, discorreu sobre cada item da informação fiscal, nos seguintes termos:

- CALÇADOS – BABUCHE PICADILLY CHAN E CHUTEIRA TOPPER VIBRAT – Diz que este serve de prova que o procedimento fiscal deve ser revisto, já que a fiscalização somente após a apresentação da impugnação reconheceu o crédito devido (fl. 2037).
- MEDICAMENTOS A BASE DE PLANTAS MEDICINAIS – Idem, idem, comentário anterior.
- MERCADORIA NÃO CADASTRADA NA EMPRESA – Idem, idem, comentário anterior.
- BEBIDA NUTRITIVA ADES ABACAXI 1L, FLS.924 – chamou a atenção para o que consta na informação fiscal, no tocante a sua informação de que se trata de bebida feita a base de leite de soja e enriquecida com suco de frutas, sujeitando a substituição tributária por estar enquadrada no NCM 2202.90.00, cópia da NF nº 118.871, fl. 1030 (Volume IV). Argumenta que mesmo constando na nota fiscal o contrário, a questão deve ser esclarecida levando em conta a composição do produto. Trouxe aos autos comprovação de que o produto é feito à base de soja, conforme consulta formulada ao seu fornecedor (Unilever) constante às fls. 2337 a 2338, concluindo que não se enquadra no artigo 353, 3.4, do RICMS/97.
- AÇÚCAR CRISTAL – Diz que os prepostos fiscais nada falaram sobre este item. Esclarece que este produto está cadastrado como açúcar, mas a sua classificação correta é adoçante.
- ABÓBORA MORANGO... AGRIÃO DA ÁGUA...ALFACE CRESPA...ALMEIRÃO...COUVE FLOR MANTEIGA (FLS.925) – Afirma que estes produtos não são hortícolas, mas sim sementes, e não atendem às condições estabelecidas pelo RICMS para o enquadramento na isenção, conforme inciso V, do artigo 20 do RICMS/97, o qual determina que as sementes precisam ser certificadas e com destinação específica.

- ÁGUA OXIGENADA, BICARBONATO, TIC TAC, BARBEADOR ELÉTRICO – que o reconhecimento das autuantes demonstra o desacerto da fiscalização.
- CHOCOLATE CROCANTE SUPERBOM 300 G E CHOKOS.COM.BR KELLOG – sustenta que este produto tem tributação normal, pois não se trata de chocolate em barra, mas sim, sucrilho, produto à base de cereal não-torrado, com NCM 1904.20.00, conforme Nota Fiscal nº 33649 da Kellogg Brasil Ltda e 532965 da EDB (docs. fls. 2339 a 2340).
- CHOCOLATE PÓ NESTLÉ – ressalta o reconhecimento das autuantes de que o crédito fiscal utilizado é devido.
- DISKETE EMTEC (FL. 927) – não concordou com o enquadramento da autuação no inciso V, do artigo 87, do RICMS, que prevê uma redução da base de cálculo em 58,825%, dizendo que o crédito foi apropriado com base no inciso VIII, do artigo 105, do RICMS/97, que permite a manutenção do crédito nas entradas de suprimentos para armazenamento de dados ou outro de uso exclusivo em informática, cujas saídas sejam beneficiadas com a redução da base de cálculo de que cuida o inciso V do artigo 87, do RICMS/97. Diante da controvérsia, ressalta a necessidade de uma diligência fiscal.
- BEBIDA LACTEA DE MAIS UHT, LEITE AROMAT, NESCAU PRONTINHO, SUCO NESTLÉ FRUTESS (FLS.928). No caso do Nescau Prontinho, justifica que a NF 279434 pertence ao estabelecimento autuado, pois todos os dados cadastrais estão corretos, apenas o CNPJ é diferente em virtude de que estava cadastrado no período de janeiro a abril de 2002 com outro CNPJ, conforme documento à fl. 2341. Ressaltam que este produto era enquadrado pela Nestlé até julho de 2002, no regime de substituição tributária, no NCM 2202.90.00 – Leite Aromatizado, e a partir de agosto de 2002, foi enquadrado no regime normal, NCM 0403.00.00 – Outros Leites, conforme notas fiscais 2761 e 3529 juntadas à impugnação. Sobre Suco Nestlé Frutess Mix, foi informado que esta mercadoria embora chamada de “sucos”, está classificado como “Outros Leites Aromatizados, NCM 0403.90.00, conforme Nota Fiscal nº 6721 à fl. 296. Para comprovar que é um produto tributado pelo regime normal à 17% foi juntada a Nota Fiscal nº 98364, às fls. 2345 a 2346. No tocante a Bebida Láctea de Mais UHT, diz que é considerado pelos fornecedores no código NCM 0403.90.01 – Outros Leites Aromatizados, com tributação normal.
- PÃO DE FORMA (FL. 950) – item excluído.
- FILEZINHO SEARA FRANGO, PEITO PERD. CHESTER – esclarece que o Filezinho é classificado no código NCM 1602.39.00 com tributação normal pelo ICMS, conforme NF 007913 (fl. 2347), enquanto que Peito Perdigão é classificado no NCM 1602.32.00, conforme NF 230318 (fl. 2348).
- SALGADITOS YOKITO BACON 50G – diz que o produto é industrializado, mas a sua classificação fiscal é 1905.90.90, conforme Nota Fiscal nº 76313 (doc. fl. 2349), e difere das seguintes classificações: salgados à base de cereais – NCM 1904.10.00, à base de batata - NCM 2005.20.00, à base de amendoim ou castanha de caju, NCM 2008.11.00 e 2008.19.00.
- TRIGO YOKI PARA KIBE 500 G. 075 – conforme Nota Fiscal nº 118715 de 12/02/05 e 58640 de 08/03/2003, produto é enquadrado no NCM 1103.11.00 (docs. fls. 2349-A e 2350), não podendo ser considerado como trigo em grãos.
- FIBRA DE TRIGO E GERME DE TRIGO – salienta que embora as autuantes tenham se silenciado na informação fiscal, no novo demonstrativo foi zerado o valor exigido.

- SUCO DE FRUTAS 300 ML – que se trata de suco feito na própria padaria do estabelecimento, conforme notas fiscais de devolução de vendas nº 026538, 036539 e 026540 (docs. fls. 2351 a 2353).
- BISCOITO LÃ DE CASA ARGOLINHA 200 G; BISC.LA DE CASA BATATA DOCE 200G; BISC. LA DE CASA CASADINHO; BISCOITO TENTAÇÃO CAREQUINHA e SEQUILHOS TENTAÇÃO. Afirma que são sequilhos produzidos de forma artesanal e por isso o fabricante não coloca o NCM em sua nota fiscal, e por isso, é tributado pelo ICMS.
- BOLO MAIS VITA INT 500 G 999 – que é uma mistura para bolo, e é tributado normalmente pelo ICMS, não se aplicando o disposto no artigo 506, § 5º, letra b, inciso II, do RICMS/97.
- BOLO SEMPRE LIGHT CHOC 350 G – diz que este produto é adquirido pela Matriz e transferido para a filial autuada, e que o NCM é 1905.90.90 e a tributação é normal pelo ICMS, por tratar-se de mistura para bolo, conforme Nota Fiscal nº 63544, de 11/10/2004.
- XAROPE GROSELHA CERESER/PIAGENTINI – que não se trata de medicamento, pois é utilizado para preparação de coquetéis e como cobertura para sorvete, NCM 2106.90, é tributado normalmente pelo ICMS.
- XAROPE JORDÃO 200 ML – não é medicamento, e que a denominação Xarope se dá apenas para fins comerciais, sendo tributado normalmente pelo ICMS à alíquota de 7%, conforme nota fiscal nº 117197 (doc. fl. 2355) da impugnação, de outro estabelecimento, pois este produto é adquirido pela Matriz e transferido para suas filiais.
- DUPLICIDADE DE LANÇAMENTOS – sobre esta questão esclareceu que partindo da planilha da fiscalização, fez nova planilha com destaque em vermelho das duplicidades de lançamentos existentes, porém, não foram observadas pelas autuantes, tendo, por isso reiterado o seu requerimento de diligência fiscal. Citou como exemplo da alegada duplicidade cometida pelos prepostos fiscais: NOTA FISCAL nº 698433, 11/03/2003, valor R\$ 2.840,15 – lançado em 11/3/03, o valor de R\$ 1.338,60, em 24/10/03, o valor de R\$ 1.338,60 e em 25/10/03, o valor de R\$ 1.501,56; NOTA FISCAL nº 802312, 11/03/2003 – lançado em 11/3/03 o valor de R\$ 1.053,30, e em 30/10/03, o valor de R\$ 2.868,14. Além disso, foi juntada à impugnação planilha demonstrativa, por amostragem, das duplicidades apontadas (docs. fls. 2356), e cópia da página no livro Registro de Entradas (docs. fls. 2357, 2378 a 2381).

Infração 02 – ressalta que havia reconhecido parte da acusação fiscal, e elaborou novo demonstrativo com exclusão dos valores relativos a aquisição por notas fiscais de transferências, de revistas e periódicos de uso interno, e de material gráfico, como revista G. Barbosa, cartazes, boletim informativo, formulários de notas fiscais e outros, que não incidem a cobrança do ICMS, conforme artigo 6º I, e XIV, 1 e 2, do RICMS/97.

Infração 03 – Diz que neste item somente provará suas razões através de diligência fiscal sobre os cupons fiscais do produto PEIXE MIRAGAIA SALGADO, dado o grande volume de cupons fiscais.

No caso do PEIXE SALMÃO RESFRIADO OU CONGELADO, diz que deixou de recolher o ICMS por se tratar de produto não tributado. Salienta que o artigo 14, inciso XIII, letra “a”, do RICMS/97 tem vigência de 01/01/91 a 30/04/99, e não se aplica ao período fiscalizado de 2002 e 2003, devendo ser observado o disposto no Decreto nº 7.577/99, que prevê como produto não tributado. Destaca que os artigos citados na informação fiscal (arts. 14, 78, e 343, do RICMS/97), o primeiro foi revogado e o outro fala de diferimento.

Infração 04 – Diz que não foi observado que os produtos LAVANDA e ALFAZEMA constam da exceção prevista no inciso II, alínea “h”, do artigo 51, do RICMS/97, sendo tributados à alíquota de

17%. Juntou cópias das notas fiscais nºs 018318, 017463 e 041540/01, (docs. fls. 2382 a 2384), salientando que os fornecedores do produto destacam nos documentos fiscais o NCM 3307.20.10 – Desodorantes Corporais e Antiperspirantes Líquidos. Apresentou também cópia do Parecer Final da DITRI nº 07723020029, no qual, diz que foi reconhecido que as Deo Colônias à base Lavanda e Alfazema não são supérfluos, e são tributados à alíquota de 17% (docs. fls. 2385 a 2386).

Infração 07 – Reconhece que é devido o pagamento do imposto sobre BATERIA, porém discordou do TVA aplica de 40%, quando entende que o correto é de 35%, conforme Anexo 88, item 31, do RICMS/97. Diz que foi cometido outro erro, em razão de ter considerado o valor bruto, sem a dedução dos descontos. Anexou duas planilhas contendo o seu levantamento e o da SEFAZ, e também cópias das notas fiscais nºs 005075 e 005076 (docs. fls. 2387 a 2393).

Prosseguindo, alega que, por ocasião da informação fiscal, foram acatados alguns itens da impugnação apresentada, sem que tenha sido determinada a reabertura do prazo de defesa, reiterou seu pedido de diligência fiscal a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao processo, e na própria sede, nos mesmos termos da impugnação anterior, a fim de que sejam averiguados, através de exame de todos os documentos anexados à sua manifestação, e também dos demais documentos a serem disponibilizados, os equívocos apontados.

Considerando a alegação defensiva de que a insuficiência da apuração quando da análise dos documentos fiscais e contábeis, levanta dúvidas, e não permite a ocorrência de condições suficientes para o julgamento do processo administrativo.

Considerando a alegação defensiva de que, por ocasião da informação fiscal, foram acatados alguns itens da impugnação apresentada, sem que tenha sido determinada a reabertura do prazo de defesa.

Considerando, ainda, as razões defensivas de que:

- a) Houve na apuração do débito da infração 01 inclusão de mercadorias tributadas normalmente nas operações de saídas;
- b) Foram considerados créditos fiscais indevidos sem constar escriturados nos livros fiscais (infração 01);
- c) Houve duplicidade de valores exigidos (infração 01);
- d) A fiscalização não constatou que determinadas mercadorias a tributação do ICMS ocorre normalmente na saída dos produtos, por não estarem enquadradas no regime de substituição tributária (infração 01);
- e) A fiscalização não constatou que determinadas mercadorias a tributação do ICMS ocorre normalmente na saída dos produtos, por não estarem enquadradas no regime de substituição tributária (infração 01);
- f) A fiscalização não constatou que determinadas mercadorias a tributação do ICMS ocorre normalmente na saída dos produtos, por não estarem enquadradas no regime de substituição tributária (infração 01);
- g) Não foram observados nos livros fiscais todos os lançamentos apresentados nos demonstrativos como créditos indevidos (infração 01);
- h) Havia sido feito o estorno, através das notas fiscais de saídas para os fornecedores, com débito de imposto no mesmo valor (infração 01);

- i) Havia sido feito o estorno, através das notas fiscais de saídas para os fornecedores, com débito de imposto no mesmo valor (infração 01);
- j) Não foram consideradas as notas fiscais dos fornecedores que comprova a correta classificação fiscal das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária no NCM (infração 01);
- k) Foram incluídas indevidamente no demonstrativo da fiscalização valores referentes a aquisição de notas fiscais de transferências para consumo, de revistas e periódicos de uso interno e de material gráfico (infração 02);
- l) Não foram apreciados os cupons fiscais apresentados na defesa, retirados da fita detalhe do PDV, para comprovar que o produto foi tributado na saída (infração 03);
- m) O levantamento que instrui a infração 07 constante do Anexo 08 apresenta erros de informações, conforme demonstrativos apresentados com as correções que entende corretas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou na Pauta Suplementar do dia 24/08/2005, converter o processo em diligência à Infaz de origem, **para que fiscal estranho ao feito**, examinando in loco e através dos documentos constantes nos autos, em confronto com os pronunciamentos e documentos do autuado às fls. 917 a 995, com os dos autuantes que instruem cada item, e com a informação fiscal às fls. 2.036 a 2.042, informasse se são pertinentes as alegações defensivas em relação às infrações 01, 02, 03 e 07.

Conforme informação às fls. 2.404 a 2.405, funcionário estranho ao feito realizou a diligência solicitada, cujo resultado foi o seguinte.

#### INFRAÇÃO 01

Foram acatadas as alegações do autuado, e foram procedidas as seguintes correções, nos seguintes termos:

- “1. exclusão, do valor exigido, daquelas mercadorias, cuja nota fiscal de aquisição, foi escriturada no livro Registro de Entrada de Mercadorias, na coluna “Outras” ou “Isentas”, sem crédito do ICMS (OBS = 1);
- 2. exclusão, do valor exigido, daquelas mercadorias cuja saída ocorre com tributação normal (OBS = 2);
- 3. exclusão, do valor exigido, daquelas mercadorias cujo lançamento foi processado, em duplicidade (OBS = 3);
- 4. manutenção da exigência, referente à mercadoria “açúcar yoki bco 100 g 157” por não proceder as alegações da autuada. A comercialização desta mercadoria ocorre sem tributação, conforme comprovado através consulta efetuada no arquivo magnético apresentado pela mesma, às fls. 2798/2805, CD anexo ao PAF;
- 5. manutenção da exigência referente à mercadoria “Chokos.com.br.kellogg’s, por tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária conforme nota fiscal apensada pela autuada às fls. 1035 e 2340 e, a comercialização da mesma ocorrer sem tributação, conforme consulta efetuada no arquivo magnético apresentado pela empresa, à fl. 2806;
- 6. manutenção da exigência referente a mercadoria “suco Nestlé frutess mix.....,” tendo em vista o NCM 2106.90.90 – bebidas energéticas e isotônicas – destacado na Nota Fiscal do fabricante Nestlé Brasil Ltda à fl. 2346, anexada pela autuada, comprovar ser a mercadoria em pauta, enquadrada no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, não cabendo portanto uso de crédito fiscal;
- 7. manutenção da exigência referente à mercadoria “Nescau prontinho” tendo em vista o NCM 2202.90.00 – bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, destacado na nota fiscal do fabricante

em pauta, enquadrada no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, não cabendo portanto uso de crédito fiscal;

8. manutenção da exigência referente à mercadoria “leite aromat Parmalat choc 200 ml e morango 200 ml” em decorrência da saída ocorrer sem tributação, conforme consulta efetuada no Registro 60R do arquivo magnético apresentado pela empresa ora anexado, fls. 2807 /2813.

Isto posto, com base no demonstrativo (anexo 02) constante dos arquivos apensos aos PAF, criamos no mesmo a coluna “REVISÃO”, onde apresentamos novo valor do ICMS devido, indicando também o tipo de exclusão ou manutenção do crédito (OBS = 0), bem como o número do Livro Registro de Entradas de Mercadorias e a página onde consta escriturada a nota fiscal de aquisição, quando o crédito utilizado é indevido, por tratar-se de mercadorias com fase de tributação encerrada, procedimento comprovado conforme demonstrativo às fls. 2415/2695.”

#### INFRAÇÃO 02

“Acatando as alegações e com base nos documentos anexados pela autuada às fls. 1124/1742, onde comprovamos tratarem-se as referidas aquisições de materiais gráficos, encartes promocional e informativo. Assim, criamos no demonstrativo (anexo 03) a coluna “REVISÃO FISCAL” onde excluído os valores sem incidência de ICMS e aplicando a alíquota correta apuramos um novo valor de imposto a recolher, conforme demonstrativo às fls. 2697/2774.”

#### INFRAÇÃO 03

“Salmão – Mercadoria com base de cálculo reduzida em 100%, conforme Art. 1, do Decreto 7.577/99. De referencia ao peixe miragaia salgado, a autuada confessa, à fl. 932, que deixou de tributá-lo exclusivamente nos meses de novembro e dezembro de 2003. Intimamos a mesma a apresentar, por amostragem, fitas detalhes referentes ao período de 2002 e 2003, onde constasse saída da referida mercadoria. Comprovamos, à vista dos documentos de saída de ECF que a mercadoria em discussão foi devidamente tributada à alíquota de 17% - planilha com dados dos referidos cupons fiscais e xerox dos mesmos anexo, fls. 2778/2788. Isto posto, dos valores inicialmente exigidos, fica exclusivamente o valor referente ao peixe miragaia dos meses de novembro e dezembro de 2003, conforme discriminado no demonstrativo de apuração do ICMS devido por infração, às fls. 2776/2777.”

#### INFRAÇÃO 07

“Informa a autuada, à fl. 940, que:

O levantamento da Fiscalização (Anexo 08) apresenta erros de informação, por isso, a defesa refaz os demonstrativos corrigindo-os, cujas cópias estão anexadas a essa peça.

Cópias de demonstrativos não foram anexadas pela autuada.

Examinando o arquivo CD anexo ao PAF referente a esta infração, Anexo 08, verificamos que o que levou a autuada a afirmar a existência de erros nos demonstrativos às fls. 581/585, foi terem as autuantes copiado os dados utilizados pela autuada e na coluna “ICMS DEVIDO”, para o cálculo do mesmo, terem utilizado a MVA correta conforme determina o Anexo 88 do RICMS vigente, MVA esta, nem sempre coincidente com a utilizada pela defendant. Observa-se terem as autuantes utilizado a alíquota interna de 17% para todas as mercadorias, inclusive macarrão cuja alíquota interna prevista no RICMS é de 7%. Isto posto, com base no demonstrativo (anexo 08), criamos no mesmo a coluna ‘REVISÃO’ onde demonstramos como foi apurado o imposto exigido, aplicando a correta alíquota e para conhecimento deste Egrégio Conselho anexamos o DAE e demonstrativos do débito reconhecidos e pagos, com os benefícios da Lei nº 9.650/2005, fls. 2814/2819, Dem. fls. 2790/2796.”

Tomando conhecimento do resultado da diligência fiscal, o autuado manifestou-se na forma que segue.

Infração 01 – Informou que efetuou o pagamento no valor de R\$ 333.645,75 apurado na revisão fiscal. Porém, no caso do débito com data de ocorrência 30/11/2002 com vencimento em 09/12/02, no valor de R\$ 65.473,33, alega que efetuou o pagamento a maior para este item, tendo em vista que o valor apurado foi de R\$ 58.450,20. Requeru a devolução/ressarcimento do valor pago indevidamente no valor de R\$ 6.349,98, com os respectivos acréscimos.

Infração 02 - Diz que após a retirada dos itens indevidos, efetuou o pagamento no valor de R\$ 36.779,65.

Infração 03 – Idem, idem, no valor de R\$ 5.379,53.

Infração 04 – Foi informado o pagamento parcial no valor de R\$ 1.297,08, e reiterado seus argumentos anteriores quanto a tributação do produto Lavanda e Alfazema. Assinala que juntou na sua defesa anterior as notas fiscais nºs 018318, 017463 e 041540/1 com código de NCM, e ainda, cópia do Parecer Final de lavra da Dra. Ely Dantas no Processo nº 07723020029 reconhecendo que tais produtos não são supérfluos e são tributados pelo ICMS à alíquota de 17%.

Infração 05 – Sobre os arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações, reiterou o seu requerimento, com base no artigo 158 do RPAF/99, de exclusão da multa de 1% aplicada, substituindo-a pela multa de R\$ 1.380,00, prevista no artigo 915, XIII-A, “i”, do RICMS/97.

Infração 06 – Informou que recolheu parcialmente o débito no valor de R\$ 2.046,69 (com redução da multa), calculado com base na TVA de 35% previsto no Anexo 88, Item 31, do RICMS/97. Ressalta que a fiscalização, além de utilização incorreta da TVA de 40%, incorreu em equívoco concernente a não ter abatido do valor bruto os descontos concedidos na operação, a exemplo das notas fiscais nºs 005075 e 005076 que constam o desconto de 5,68%.

Infração 07 – Destaca que havia requerido a compensação de recolhimentos indevidos, no que não foi acatado pela fiscalização. Informa que após a diligência efetuou o pagamento no valor de R\$ 387.764,72.

Ao final, reitera a improcedência parcial das infrações 04, 05 e 06, e o seu requerimento de realização de diligência, por fiscal estranho ao feito, para as infrações 04 e 06.

## VOTO

Os itens 01, 02, 03 e 07, tratam respectivamente de: créditos indevidos através de lançamentos de notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento; operações tributadas consideradas como não tributadas (peixe miragaia salgado e salmão); e antecipação tributária efetuada a menor nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

Na defesa fiscal, foi comprovado pelo sujeito passivo a existência de equívocos cometidos pela fiscalização na apuração do débito das citadas infrações, constantes nos Anexos 02, 03, 04 e 07, alguns acatados na informação fiscal, concernentes a inclusão no levantamento de mercadorias tributadas normalmente nas operações de saídas; lançamentos de créditos indevidos sem constar escriturados nos livros fiscais; duplicidade de valores exigidos; mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária; o estorno realizado dos créditos fiscais de algumas notas fiscais; inclusão de notas fiscais correspondentes a transferências para consumo, de revistas e periódicos de uso interno; não consideração dos cupons fiscais cujas operações foram tributadas na saída; e

erros de cálculos, os quais, foram, a pedido do órgão julgador, objeto de revisão fiscal, por fiscal estranho ao feito, conforme documentos às fls. 2.404 a 2.796.

Desta forma, tomando por base o resultado da revisão fiscal em relação aos citados itens, haja vista que o mesmo trouxe aos autos os esclarecimentos e comprovações necessárias para o esclarecimento da lide, bem assim, pelo fato do próprio contribuinte autuado ter acatado os valores apurados como devidos, informando já ter procedido o devido recolhimento, concluo pela procedência parcial nos seguintes valores com base nos demonstrativos às fls. 2406 e 2407: Infração 01 = R\$ 334.318,87; Infração 02 = R\$ 33.779,74; Infração 03 = 5.379,53; e Infração 07 = R\$ 387.764,73.

Com relação a alegação defensiva que efetuou a mais o débito referente à infração 01, no valor de R\$ 6.349,98, a devolução/ressarcimento da referida importânciadeve ser objeto de pedido junto à repartição fiscal de sua circunscrição fiscal mediante processo específico para esse fim.

Quanto aos itens 04, 05 e 06, na análise das peças processuais concluo o seguinte.

#### INFRAÇÃO 04

Neste item o contribuinte foi acusado de ter aplicado a alíquota de 17% na comercialização de mercadorias consideradas supérfluas (Deo Colônia de Alfazema e Lavanda) com alíquota de 25% mais 2% de Fundo Adicional da Pobreza, nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, conforme ANEXO 05 (docs. fls. 458 a 472), resultando no recolhimento do ICMS a menos, no valor de R\$ 26.029,19, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Na defesa o autuado argüiu que os produtos Deo Colônia de Alfazema e Lavanda constam da exceção prevista no inciso II, alínea “h”, do artigo 51, do RICMS/97, sendo tributados à alíquota de 17%.

A DITRI se pronunciando sobre a questão conclui em seu Parecer Final nº 07723020029 (docs. fls. 2385 a 2386), que realmente os produtos com NCM 3307.20.10 – Desodorantes Corporais e Antiperspirantes Líquidos estão incluídos na exceção prevista no citado dispositivo regulamentar, e estão sujeitos ao pagamento do ICMS à alíquota de 17%.

Desta forma, tendo em vista que o contribuinte demonstrou que parte dos produtos foi classificado pelo fornecedor no NCM acima, o débito deste item fica reduzido para os valores relativos às notas fiscais a seguir relacionadas.

#### VENDAS DE PRODUTOS SUPÉRFLUOS - DEO COLÔNIA - REGISTRADAS EM ECF COM ALÍQ. NORMAL DE 17%

Reg Ecf Res.	Mês/Ano	Cod. Prod.	Descrição	VL.Produto	ICMS 17%	ICMS 27%	DIF <sup>a</sup> A REC.
119218	2002/06	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	38,64	6,57	10,43	3,86
111922	2002/06	111195	DEO COL.KANITZ AGUA P/BRI 200MCS	8,98	1,53	2,42	0,90
<b>TOTAL</b>							
100150	2002/07	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	202,86	34,49	54,77	20,29
<b>TOTAL</b>							
81347	2002/08	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	318,78	54,19	86,07	31,88
<b>TOTAL</b>							
62747	2002/09	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	328,44	55,83	88,68	32,84
64906	2002/09	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	229,08	38,94	61,85	22,91
64905	2002/09	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	129,48	22,01	34,96	12,95
64904	2002/09	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	234,06	39,79	63,20	23,41
<b>TOTAL</b>							
44211	2002/10	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	137,64	23,40	37,16	13,76
46569	2002/10	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	304,98	51,85	82,34	30,50
46568	2002/10	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	474,24	80,62	128,04	47,42

46567	2002/10	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	436,08	74,13	117,74	43,61
<b>TOTAL</b>							<b>135,29</b>
25659	2002/11	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	182,52	31,03	49,28	18,25
27671	2002/11	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	377,00	64,09	101,79	37,70
27670	2002/11	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	351,00	59,67	94,77	35,10
27669	2002/11	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	500,50	85,09	135,14	50,05
<b>TOTAL</b>							<b>141,10</b>
6205	2002/12	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	70,98	12,07	19,16	7,10
8285	2002/12	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	560,28	95,25	151,28	56,03
8284	2002/12	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	483,06	82,12	130,43	48,31
8283	2002/12	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	335,12	56,97	90,48	33,51
<b>TOTAL</b>							<b>144,94</b>
6808	2003/01	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	315,56	53,65	85,20	31,56
6807	2003/01	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	167,44	28,46	45,21	16,74
6806	2003/01	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	96,60	16,42	26,08	9,66
<b>TOTAL</b>							<b>57,96</b>
23656	2003/02	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	322,00	54,74	86,94	32,20
23655	2003/02	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	289,80	49,27	78,25	28,98
23654	2003/02	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	322,00	54,74	86,94	32,20
<b>TOTAL</b>							<b>93,38</b>
39233	2003/03	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	30,42	5,17	8,21	3,04
40526	2003/03	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	328,44	55,83	88,68	32,84
40525	2003/03	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	296,24	50,36	79,98	29,62
40524	2003/03	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	360,64	61,31	97,37	36,06
<b>TOTAL</b>							<b>101,57</b>
56515	2003/04	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	191,72	32,59	51,76	19,17
57740	2003/04	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	373,52	63,50	100,85	37,35
57739	2003/04	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	334,88	56,93	90,42	33,49
57738	2003/04	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	379,96	64,59	102,59	38,00
<b>TOTAL</b>							<b>128,01</b>
73653	2003/05	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	162,98	27,71	44,00	16,30
74828	2003/05	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	495,88	84,30	133,89	49,59
74827	2003/05	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	502,32	85,39	135,63	50,23
74826	2003/05	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	341,32	58,02	92,16	34,13
<b>TOTAL</b>							<b>150,25</b>
91136	2003/06	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	190,50	32,39	51,44	19,05
92301	2003/06	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	165,12	28,07	44,58	16,51
92300	2003/06	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	195,86	33,30	52,88	19,59
92299	2003/06	221079	DEO COLONIA PHEBO TRANQ 100ML+SABON	121,30	20,62	32,75	12,13
<b>TOTAL</b>							<b>67,28</b>
109123	2003/07	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	165,10	28,07	44,58	16,51
110267	2003/07	221081	DEO COLONIA PHEBO LIBERD 100ML+SABON	16,20	2,75	4,37	1,62
110266	2003/07	221080	DEO COLONIA PHEBO TERNUR 100ML+SABON	40,50	6,89	10,94	4,05
<b>TOTAL</b>							<b>22,18</b>
126794	2003/08	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	241,30	41,02	65,15	24,13
<b>TOTAL</b>							<b>24,13</b>
144716	2003/09	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	241,30	41,02	65,15	24,13
<b>TOTAL</b>							<b>24,13</b>
163083	2003/10	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	292,10	49,66	78,87	29,21
<b>TOTAL</b>							<b>29,21</b>
182522	2003/11	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	254,00	43,18	68,58	25,40
202209	2003/12	215870	DEO COL SEIVAS CAMPO ORVALHO 500ML	751,60	127,77	202,93	75,16
<b>TOTAL</b>							<b>100,56</b>

## INFRAÇÃO 05

Deixou de fornecer arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, referente ao período de janeiro a março de 2002, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 262.044,28, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas nos respectivos valores de R\$ 7.764.612,34; R\$ 7.923.102,45 e R\$ 10.516.714,12, conforme ANEXO 06 (docs. fls. 473 a 561).

Embora a infração esteja assim descrita, porém, pelo que consta nos autos, a multa é pela entrega de arquivos magnéticos com omissão de informações fiscais nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002, as quais, impossibilitaram a realização de outros roteiros de fiscalização, notadamente o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002 e 2003, eis que, não foram informadas as operações concernentes aos Registros 54, 60R (detalhe de itens de mercadorias) e 75 (descrição dos itens).

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, 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 (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

No caso em comento, a autuação está precedida de intimações expedidas ao contribuinte, especificando a falta dos Registros 60A, 60R, 60M, 74 e 75 do período 01/01/2002 a 31/03/2002, ou seja: em 12/07/04, ratificação de intimação anterior (doc. fl. 475); em 23/08/04, reintimando a entrega dos arquivos com os Registros tipo 54, 60R, 74 e 90 (doc. fl. 476); em 31/08/04, reintimação (doc. fl. 477); em 10/02/05, idem solicitando os Registros tipos 54, 60 e 75 (doc. fl. 480); em 10/02/05, intimação para outros documentos (doc. fl. 481); em 15/03/05, ratificação da intimação anterior (doc. fl. 482). Em todas as intimações foi concedido o prazo previsto de (5) cinco dias, o

que corresponde, entre a primeira intimação e a última, um prazo de mais de 60 dias da data da lavratura do auto, não sendo atendido pela empresa.

O autuado não negou o fato, tendo alegado impossibilidade de cumprimento desta obrigação acessória, e dizendo que não houve má fé, fraude ou dolo, pois entregou todos os demais arquivos dos demais períodos, solicita que o órgão julgador, com base no artigo 158 do RPAF/99, proceda a exclusão da multa de 1% aplicada, substituindo-a pela multa prevista no artigo 915, inciso XIII-A do RICMS/97, equivalente a R\$ 1.380,00 por cada período (janeiro e fevereiro de 2002).

O pleito do contribuinte não deve ser acatado, tendo em vista que a multa prevista no citado dispositivo regulamentar só se aplica na hipótese em que o contribuinte tenha deixado de entregar o arquivo magnético no prazo regulamentar, independente de intimação, enquanto que no presente caso o descumprimento decorreu da entrega do arquivo com omissão de informações.

Nesta circunstância, como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, ou seja, a prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:  
g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

#### INFRAÇÃO 06

Trata-se de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (BATERIA PARA AUTOMÓVEIS), e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme ANEXO 07 (docs. fls. 562 a 579).

O sujeito passivo reconheceu que é devido o pagamento do imposto sobre BATERIA, porém discordou do MVA aplica de 40%, quando entende que o correto é de 35%, conforme Anexo 88, item 31, do RICMS/97. Diz que foi cometido outro erro, em razão de ter considerado o valor bruto, sem a dedução dos descontos.

Analizando os documentos apresentados pelo autuado, verifico que realmente lhe assiste razão, pois as autuantes consideraram indevidamente a MVA prevista no item 30 do Anexo 88 do RICMS/97, conforme documentos às fls. 2387 a 2393.

Desta forma, a multa fica modificada para os valores constantes na planilha seguinte:

Infração	Ocorrência	Vencimento	Valor Histórico	Valor Devido	Vl. Reconhecido Pago 30/09/2005
07.01.03	31/1/2002	9/2/2002	327,61	279,25	83,76
07.01.03	30/4/2002	9/5/2002	163,60	151,38	45,43
07.01.03	31/5/2002	9/6/2002	162,40	150,72	45,22
07.01.03	30/7/2002	9/8/2002	520,44	482,95	144,85
07.01.03	31/8/2002	9/9/2002	112,82	97,54	29,27
07.01.03	30/9/2002	9/10/2002	249,70	214,08	64,24
07.01.03	31/10/2002	9/11/2002	356,19	254,18	76,26
07.01.03	30/11/2002	9/12/2002	185,92	135,23	40,57

07.01.03	31/12/2002	9/1/2003	287,92	244,75	73,45
07.01.03	30/1/2003	9/2/2003	485,17	431,59	129,46
07.01.03	28/2/2003	9/3/2003	160,98	149,37	44,82
07.01.03	31/3/2003	9/4/2003	342,69	283,60	85,09
07.01.03	30/4/2003	9/5/2003	333,07	277,67	83,29
07.01.03	31/5/2003	9/6/2003	340,00	297,82	89,37
07.01.03	30/6/2003	9/7/2003	544,60	487,27	146,20
07.01.03	30/7/2003	9/8/2003	475,38	435,06	130,55
07.01.03	31/8/2003	9/9/2003	573,85	532,55	159,76
07.01.03	30/9/2003	9/10/2003	547,62	497,46	149,27
07.01.03	31/10/2003	9/11/2003	665,46	617,54	185,31
07.01.03	30/11/2003	9/12/2003	195,18	175,41	52,65
07.01.03	31/12/2003	9/1/2004	689,52	626,06	187,87
		<b>Total:</b>	<b>7.720,12</b>	<b>6.821,48</b>	<b>2.046,69</b>

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 1.034.477,66, conforme demonstrativos abaixo.

INFRAÇÃO	VLR.AUTUADO	VL.DEVIDO
1	349.160,88	334.318,87
2	104.505,25	36.779,74
3	30.991,89	5.379,53
4	26.029,19	1.369,03
5	262.044,28	262.044,28
6	7.720,12	6.821,48
7	398.123,67	387.764,73
TOTAL	1.178.575,28	1.034.477,66

#### Infração 01 - 01.02.05

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2002	9/2/2002	166,65	17	60	28,33
31/5/2002	9/6/2002	65.897,71	17	60	11.202,61
30/6/2002	9/7/2002	157.207,71	17	60	26.725,31
31/7/2002	9/8/2002	214.588,35	17	60	36.480,02
31/8/2002	9/9/2002	169.006,00	17	60	28.731,02
30/9/2002	9/10/2002	145.349,24	17	60	24.709,37
31/10/2002	9/11/2002	210.986,12	17	60	35.867,64
30/11/2002	9/12/2002	385.137,24	17	60	65.473,33
31/12/2002	9/1/2003	471.555,53	17	60	80.164,44
31/1/2003	9/2/2003	1.583,88	17	60	269,26
28/2/2003	9/3/2003	1.423,47	17	60	241,99
31/3/2003	9/4/2003	49.664,59	17	60	8.442,98
30/4/2003	9/5/2003	1.212,24	17	60	206,08
30/6/2003	9/7/2003	3.957,00	17	60	672,69
31/7/2003	9/8/2003	101,65	17	60	17,28
31/8/2003	9/9/2003	13.887,71	17	60	2.360,91
30/9/2003	9/10/2003	42.326,47	17	60	7.195,50
31/10/2003	9/11/2003	16.869,76	17	60	2.867,86
30/11/2003	9/12/2003	2.752,82	17	60	467,98
31/12/2003	9/1/2004	12.907,47	17	60	2.194,27
				<b>TOTAL DO DÉBITO</b>	<b>334.318,87</b>

Infração 02 - 06.02.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2002	9/2/2002	4.154,12	17	60	706,20
28/2/2002	9/3/2002	2.353,71	17	60	400,13
31/3/2002	9/4/2002	3.300,59	17	60	561,10
30/4/2002	9/5/2002	3.692,71	17	60	627,76
31/5/2002	9/6/2002	3.358,12	17	60	570,88
30/6/2002	9/7/2002	4.826,59	17	60	820,52
31/7/2002	9/8/2002	6.358,18	17	60	1.080,89
31/8/2002	9/9/2002	3.901,94	17	60	663,33
30/9/2002	9/10/2002	5.818,53	17	60	989,15
31/10/2002	9/11/2002	4.034,41	17	60	685,85
30/11/2002	9/12/2002	16.070,06	17	60	2.731,91
31/12/2002	9/1/2003	13.092,53	17	60	2.225,73
31/1/2003	9/2/2003	8.527,24	17	60	1.449,63
28/2/2003	9/3/2003	16.528,59	17	60	2.809,86
31/3/2003	9/4/2003	10.806,06	17	60	1.837,03
30/4/2003	9/5/2003	18.202,06	17	60	3.094,35
31/5/2003	9/6/2003	10.030,76	17	60	1.705,23
30/6/2003	9/7/2003	9.757,71	17	60	1.658,81
31/7/2003	9/8/2003	12.749,00	17	60	2.167,33
31/8/2003	9/9/2003	6.873,94	17	60	1.168,57
30/9/2003	9/10/2003	11.974,00	17	60	2.035,58
31/10/2003	9/11/2003	14.530,06	17	60	2.470,11
30/11/2003	9/12/2003	7.796,53	17	60	1.325,41
31/12/2003	9/1/2004	17.614,00	17	60	2.994,38
				TOTAL DO DÉBITO	36.779,74

Infração 03 - 02.01.03

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/11/2003	9/12/2003	16.589,12	17	60	2.820,15
31/12/2003	9/1/2004	15.055,18	17	60	2.559,38
					TOTAL DO DÉBITO
					5.379,53

Infração 04 - 03.02.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/6/2002	9/7/2002	17,63	27	60	4,76
31/7/2002	9/8/2002	75,15	27	60	20,29
31/8/2002	9/9/2002	118,07	27	60	31,88
30/9/2002	9/10/2002	341,15	27	60	92,11
31/10/2002	9/11/2002	501,07	27	60	135,29
30/11/2002	9/12/2002	522,59	27	60	141,10
31/12/2002	9/1/2003	536,81	27	60	144,94
31/1/2003	9/2/2003	214,67	27	60	57,96
28/2/2003	9/3/2003	345,85	27	60	93,38
31/3/2003	9/4/2003	376,19	27	60	101,57
30/4/2003	9/5/2003	474,11	27	60	128,01
31/5/2003	9/6/2003	556,48	27	60	150,25
30/6/2003	9/7/2003	249,19	27	60	67,28
31/7/2003	9/8/2003	82,15	27	60	22,18
31/8/2003	9/9/2003	89,37	27	60	24,13
30/9/2003	9/10/2003	89,37	27	60	24,13
31/10/2003	9/11/2003	108,19	27	60	29,21

30/11/2003	9/12/2003	94,07	27	60	25,40
31/12/2003	9/1/2004	278,37	27	60	75,16
TOTAL DO DÉBITO					1.369,03

Infração 05 - 16.12.15

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2002	9/2/2002	7.764.612,00	-	1,00	77.646,12
28/2/2002	9/3/2002	7.923.102,00	-	1,00	79.231,02
31/3/2002	9/4/2002	10.516.714,00	-	1,00	105.167,14
TOTAL DO DÉBITO					262.044,28

Infração 06 - 07.01.03

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2002	9/2/2002	465,42	-	60	279,25
30/4/2002	9/5/2002	252,30	-	60	151,38
31/5/2002	9/6/2002	251,20	-	60	150,72
31/7/2002	9/8/2002	804,92	-	60	482,95
31/8/2002	9/9/2002	162,57	-	60	97,54
30/9/2002	9/10/2002	356,80	-	60	214,08
31/10/2002	9/11/2002	423,63	-	60	254,18
30/11/2002	9/12/2002	225,38	-	60	135,23
31/12/2002	9/1/2003	407,92	-	60	244,75
31/1/2003	9/2/2003	719,32	-	60	431,59
28/2/2003	9/3/2003	248,95	-	60	149,37
31/3/2003	9/4/2003	472,67	-	60	283,60
30/4/2003	9/5/2003	462,78	-	60	277,67
31/5/2003	9/6/2003	496,37	-	60	297,82
30/6/2003	9/7/2003	812,12	-	60	487,27
31/7/2003	9/8/2003	725,10	-	60	435,06
31/8/2003	9/9/2003	887,58	-	60	532,55
30/9/2003	9/10/2003	829,10	-	60	497,46
31/10/2003	9/11/2003	1.029,23	-	60	617,54
30/11/2003	9/12/2003	292,35	-	60	175,41
31/12/2003	9/1/2004	1.043,43	-	60	626,06
TOTAL DO DÉBITO					6.821,48

Infração 07 - 07.01.04

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/1/2002	9/2/2002	14.377,00	17	60	2.444,09
28/2/2002	9/3/2002	20.703,06	17	60	3.519,52
31/3/2002	9/4/2002	8.115,65	17	60	1.379,66
30/4/2002	9/5/2002	5.939,53	17	60	1.009,72
31/5/2002	9/6/2002	119.229,18	17	60	20.268,96
30/6/2002	9/7/2002	145.587,18	17	60	24.749,82
31/7/2002	9/8/2002	193.887,71	17	60	32.960,91
31/8/2002	9/9/2002	224.581,35	17	60	38.178,83
30/9/2002	9/10/2002	133.924,24	17	60	22.767,12
31/10/2002	9/11/2002	190.365,12	17	60	32.362,07
30/11/2002	9/12/2002	197.059,12	17	60	33.500,05
31/12/2002	9/1/2003	283.457,41	17	60	48.187,76
31/1/2003	9/2/2003	200.646,65	17	60	34.109,93
28/2/2003	9/3/2003	197.260,35	17	60	33.534,26
31/3/2003	9/4/2003	132.540,94	17	60	22.531,96
30/4/2003	9/5/2003	116.368,65	17	60	19.782,67

31/5/2003	9/6/2003	47.604,82	17	60	8.092,82
30/6/2003	9/7/2003	47.290,29	17	60	8.039,35
30/11/2003	9/12/2003	2.030,76	17	60	345,23
TOTAL DO DÉBITO					387.764,73

#### VOTO DISCORDANTE – ITEM 5º

Na sessão de julgamento, o representante da empresa, ao fazer a sustentação oral, pediu a juntada de um acórdão recente desta Junta, cujo item 3º se assemelha ao item 5º do presente Auto de Infração (FLS. 2846/2855).

Fui o relator do acórdão trazido como referência. Trata-se do Acórdão JJF 0083-02/05, prolatado nos autos do Processo nº 147072.0013/04-8. O julgamento foi proferido por unanimidade. Tendo em vista que entre aquele caso e o presente há identidade fática e o direito aplicável é o mesmo, em face do tempo em que os fatos ocorreram e da legislação então vigente, tenho de ser coerente com o que afirmei naquele caso (item 3º), que é em tudo semelhante ao presente (item 5º).

O fato objeto do item 5º do presente Auto de Infração é este: o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos com informação de seus negócios, “ou” os entregou em padrão diferente do previsto na legislação, “ou” os entregou em condições que impossibilitaram sua leitura. Quer dizer: os arquivos magnéticos não foram entregues na forma regulamentar. Em seguida a essa descrição, foi feito um adendo, explicando que o contribuinte omitiu informações fiscais nos arquivos magnéticos dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002 (no caso do acórdão trazido como paradigma, o contribuinte não entregou, após ser intimado, os arquivos magnéticos contendo os registros 60R referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2000, de outubro, novembro e dezembro de 2003, e de janeiro a julho de 2004). Sendo assim, em face desse adendo, não se trataria de “falta de entrega” dos arquivos, mas sim de “omissão de informações” nos arquivos magnéticos dos três primeiros meses de 2002, ou seja, os arquivos teriam sido entregues incompletos.

A distinção entre “falta de entrega” de arquivos magnéticos e “omissão de informações” em tais arquivos é importante porque, para a falta de entrega, a multa é uma (alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96), e para a omissão de informações a multa é outra (alínea “f”).

O Auto de Infração é lavrado com apoio de um programa de computador que se vale de um banco de dados contendo a descrição das várias hipóteses de infrações, com os respectivos códigos. Se o fiscal escolhe o código errado, o “sistema” descreve erroneamente o fato, pois o programa não tem como adivinhar o que se passa na mente do operador. Caso o fiscal faça algum adendo ou acréscimo à descrição-padrão, explicando o que realmente aconteceu, tal adendo, em alguns casos, pode sanar o problema. Há casos, porém, em que a situação fica complicada, porque o adendo pode implicar a mudança do fulcro da infração correspondente ao código escolhido, acarretando a transposição do fato para outro enquadramento, no qual seja prevista multa diversa.

No caso em análise no item 5º destes autos, tendo em vista que a descrição foi baseada num padrão genérico existente no sistema de informatização do Auto de Infração, seria lógico considerar que o fato real é o que foi acrescentado pelo fiscal, logo em seguida à descrição-padrão – o contribuinte omitiu informações fiscais nos arquivos magnéticos dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002; por conseguinte, os arquivos, embora incompletos, teriam sido entregues. Se assim fosse, a multa seria a contemplada na alínea “f” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (5% sobre a base de cálculo ali estipulada).

Porém, como a autuação tomou por fulcro a alínea “g” (1% sobre a base de cálculo estipulada na referida alínea), que diz respeito à falta de entrega dos arquivos, passo a concentrar-me nesse

fato: o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002, mas não os entregou.

Se se trata do não atendimento à intimação fiscal para apresentação de arquivos magnéticos, resta então decidir se a multa é a prevista no art. 42, inciso XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, ou a prevista no inciso XX. Para isso, há que se determinar qual a natureza do cometimento imputado ao sujeito passivo, e, a partir daí, fazer a subsunção do fato à norma aplicável.

As pessoas às vezes cometem ilícitos. No plano fiscal, quando isso ocorre, cumpre à autoridade fiscalizadora identificar o fato e o infrator, para apenação do infrator. No instrumento próprio – Auto de Infração –, descreve-se o fato e estabelece-se o valor da pena, com a devida demonstração do cálculo, quando for o caso.

Nos termos do art. 39, III, do RPAF/99, o fato considerado infração deve ser descrito pelo fiscal autuante com precisão e clareza. Essa exigência tem sua razão de ser nos princípios da ampla defesa e do contraditório. O contribuinte tem todo o direito de se defender daquilo que lhe é imputado. E, obviamente, só pode defender-se se souber do que está sendo acusado.

O sistema de emissão do Auto de Infração por processamento eletrônico descreve situações hipotéticas, pois é impossível prever, por antecipação, tudo o que possa ocorrer no mundo real. De modo que compete ao fiscal, ao lavrar o Auto de Infração, fazer os acréscimos e esclarecimentos devidos, para atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No presente caso, apesar da forma imprópria como foi iniciada a descrição do fato, o fiscal autuante fez um adendo, explicando o que realmente ocorreu: o contribuinte não entregou os arquivos magnéticos dos meses assinalados, após ter sido intimado nesse sentido.

Em suma, o contribuinte deixou de atender à intimação para entrega de elementos ao fisco.

Na sustentação oral, a defesa pediu a juntada de acórdão de julgamento desta Junta, pedindo que se dê a este caso tratamento idêntico ao que foi dispensado naquele caso, e argumentando que a manutenção da multa na forma como foi imposta no presente caso implicará tratamento diferenciado a contribuintes que sofreram o mesmo tipo de acusação (Acórdão JJF 0083-02/05). Conforme já salientei, neste acórdão, proferido nos autos do processo nº 147072.0013/04-8, esta 2ª Junta, por unanimidade, decidiu que a multa cabível pela falta de entrega dos arquivos seria a prevista no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Naquele caso, do qual fui o relator, busquei subsídios, para o meu convencimento, numa decisão da 2ª Câmara deste Conselho, o Acórdão CJF 0004-12/04, proferido no processo nº 269141.0008/03-9. O julgamento do acórdão em apreço diz respeito a quatro situações, sendo que o item 4º envolve questão semelhante à do item 5º do presente Auto de Infração. Naquele caso, o eminentíssimo relator, Conselheiro César Fonseca, concluiu 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. Seu voto foi fundamentado assim:

"Em relação à infração descrita no item nº 4 da autuação, em que se propõe multa de R\$ 14.726,84 pela não entrega, quando regularmente intimado, dos arquivos magnéticos à fiscalização estadual, embora a proposição do autuante esteja equivocada, cabe ao CONSEF a aplicação da multa fiscal prevista na lei, diante da prova da conduta infracional típica. Por isso não se caracteriza qualquer nulidade."

No entanto, lê-se da informação fiscal (fls. ...) "De acordo com o artigo 708-B do RICMS/BA-97, o contribuinte tem o prazo de 5 dias úteis contados do recebimento da intimação para fornecê-los (na fl. ... está o termo da última intimação)". Ou seja, a motivação do autuante para a proposição de multa foi o não atendimento da intimação para entrega dos arquivos magnéticos durante a ação fiscal, conforme previsto no art. 708-B. Não foi proposta a

aplicação de multa pela falta de entrega mensal dos 12 arquivos do exercício de 2002 nos prazos fixados no art. 708-A e sim, durante a ação fiscal, no prazo de 5 dias úteis previsto no 708-B. Embora o autuante tenha concedido prazos maiores que 48 horas, o que está comprovado nos autos não é que o contribuinte não possuía os arquivos magnéticos e sim que os não entregou durante a ação fiscal.

A Lei nº 7.014, em seu art. 42, inciso XX estabelece multas seqüenciais cumulativas para esta infração, qual seja, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar, ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado. Por isso não deve subsistir a multa proposta na autuação fiscal valor de R\$ 14.726,84, cabendo a cumulação das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00 previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso XX do art. 42." (*os grifos são do próprio acórdão*)

Note-se que o nobre conselheiro considerou, naquele caso, que as multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00 seriam aplicáveis 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. O voto vencedor, naquele caso, foi proferido nestes termos:

"Quanto à fundamentação utilizada pelo Sr. relator no sentido de aplicar a multa prevista no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96, em substituição à multa contida no art. 42, inc. XIII-A, do mesmo diploma legal, não há qualquer divergência. A discordância se restringe apenas a aplicação cumulativa das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180,00, pois entendo que a segunda absorve a primeira. A conduta de não atendimento das duas intimações, sucessivamente lavradas pela fiscalização, configura uma infração continuada, ou seja, o sujeito passivo, deixou de cumprir obrigação tributária, de igual natureza, mediante duas condutas omissivas idênticas: não entrega das informações regularmente solicitadas pelo agente fiscal após a lavratura de duas intimações. Neste caso específico a conduta omissa de não atendimento da segunda intimação deve ser considerada como continuação da primeira conduta omissa, não havendo que se falar em duas intimações distintas, pois ambas são materialmente idênticas. Impõe-se, nesta situação, aplicação apenas da multa mais grave, de R\$ 180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea "b", da Lei nº 7.014/96. Adota-se, neste caso, a teoria do delito continuado, contemplada no "caput" do art. 71 do Código Penal, aplicado por analogia na solução da presente lide fiscal. Voto, portanto, em relação à infração 4, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo a multa de infração ser reduzida para R\$ 180,00, prevista no art. 42, inc. XX, alínea "b", da Lei nº 7.0114196."

Trata-se de situação fática semelhante à do item 5º do presente Auto de Infração. Não vejo como decidir de modo contrário, sem ofensa ao princípio da igualdade.

A multa aplicada no caso presente foi enquadrada no art. 42, XIII-A, alínea "g", da Lei nº 7.014/96. A autuação envolve fatos ocorridos em janeiro, fevereiro e março de 2002. Assim, cumpre fazer algumas considerações acerca da aplicação da lei no tempo.

Inicialmente, a supramencionada alínea "g" previa que, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, era cabível a multa de

"g) 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações realizadas no período, pelo não fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela

entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

Esse dispositivo sofreu alteração através da Lei nº 8.534, de 13/12/02, publicada no D.O. de 14-15/12/02, ficando assim:

“g) 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

A alínea “g” foi alterada depois pela Lei nº 9.159, de 9/7/04, publicada no D.O. de 10-11/7/04, passando a ter esta redação:

“g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, *mediante intimação*, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;” (*grifei a expressão “mediante intimação”, que não constava nas redações anteriores*).

Acaba de ser feita mais uma alteração, pela Lei nº 9.030/05, publicada no D.O. de 11/2/05, que acrescenta a menção a prestações de serviços.

A redação atual tem efeitos retroativos, quando beneficiar o infrator, por força do princípio da retroatividade benigna.

Note-se que, na redação originária, o percentual de 1% era aplicado sobre o “valor das operações ou prestações realizadas no período”; depois, passou a ser aplicado sobre “o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período”; em seguida, o percentual passou a incidir sobre “o valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração”; agora, o percentual incide sobre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços prestados.

No entanto, estou convencido de que a legislação vigente à época não previa a multa de 1% do valor das saídas de mercadorias na situação de que cuida o presente Auto, ou seja, em virtude do não atendimento a intimação fiscal. Nesse sentido, observo que, na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a expressão “mediante intimação” somente foi incluída com a alteração feita pela Lei nº 9.159, de 9/7/04, publicada no D.O. de 10-11/7/04. É provável que o acréscimo da expressão “mediante intimação” tenha tido por objetivo suprir eventual falha para imposição da multa em situação como esta. Sendo assim, até a entrada em vigor da alteração supramencionada, não se aplicava a multa de 1% do valor das saídas pela não entrega dos arquivos magnéticos ao fisco, em face de intimação nesse sentido.

Por tudo isso, concordo, a princípio, com o entendimento manifestado pela 2ª Câmara no julgamento 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 nº 7.014/96. Quanto à questão do valor da multa – se seria de R\$ 90,00 ou de R\$ 90,00 mais R\$ 180,00 –, ouso discordar do critério adotado no voto vencedor do julgamento tomado por paradigma. Sempre entendi 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”. No entanto, ao estipular, na alínea “c”, que a multa ali estipulada se aplica pelo não atendimento de “cada uma” das intimações subsequentes, fica evidente, a meu ver, que a multa aplicada nas hipóteses das alíneas “b” e “c” não absorvem as anteriores. Em suma, não considero que a multa deva ser apenas a da alínea “b”.

As multas das alíneas “a”, “b” e “c” são cumulativas. Proponho que a infração do item 5º 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 nº 7.014/96, totalizando a pena de R\$ 270,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 115484.0001/05-4, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 765.611,90, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de R\$ 6.821,48 e R\$ 262.044,28, previstas nos incisos II, “d” e XIII-A, “g”, do citado dispositivo legal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE QUANTO À INFRAÇÃO 05

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR