

PROCESSO - A. I. Nº- 232954.0001/05-6  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA & CIA. LTDA.  
RECORRIDOS - G. BARBOSA & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0205-05/06  
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE  
INTERNET - 03/01/2007

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0541-12/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após comprovações, infração elidida em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente comprovada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração elidida parcialmente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. A forma como foi realizada a auditoria fiscal não apresenta elementos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. Existência de vícios formais no procedimento. Item nulo. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após apresentação de documentos, a infração foi elidida em parte. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Após comprovações, a infração restou descaracterizada. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Infração comprovada. Reduzida a penalidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 3. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos respectivamente, pelo contribuinte e pela Junta de Julgamento. O órgão julgador de 1<sup>a</sup> instância declarou a procedência parcial do Auto de Infração que contempla as imputações abaixo descritas.

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária - R\$43.131,20.

INFRAÇÃO 2. Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária – R\$12.343,17;

INFRAÇÃO 3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações realizadas. Multa no valor de R\$197.202,13;

INFRAÇÃO 4. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento – R\$14.476,98;

INFRAÇÃO 5. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$6.114,14;

INFRAÇÃO 6. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Refere-se a mercadorias com utilização errada da MVA ou utilização indevida da base de cálculo apurada por pauta fiscal, quando resultava inferior ao valor da operação - R\$208.246,88;

INFRAÇÃO 7. Recolhimento a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e relativas às notas fiscais nº 251.955 e 251.956, emitidas em 2/1/2002 relativas a venda de seu estoque final à G. Barbosa Comercial Ltda., empresa sucessora – R\$1.310,26;

INFRAÇÃO 8. Recolhimento a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se às mercadorias Maisena e amido de Milho Arisco, cuja alíquota é de 17% e a empresa aplicou a de 7%, confundindo-a com farinha e fubá de milho – R\$1.730,96;

INFRAÇÃO 9. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Refere-se a mercadorias consignadas em notas fiscais de entradas não escrituradas e, consequentemente, sem recolhimento do imposto por antecipação - R\$8.975,62;

INFRAÇÃO 10. Multa pela falta de registro de mercadoria sujeita a tributação. Aplicada a penalidade de 10% do valor das entradas - R\$6.341,04;

INFRAÇÃO 11. Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2001 - R\$5.599,23.

Acerca das infrações 2 e 8, o sujeito passivo não contestou as acusações, mantendo a JJF a procedência das mesmas nos valores apurados pela fiscalização, de R\$12.343,17 e R\$1.730,96, respectivamente.

Em sua defesa administrativa o contribuinte contestou parcialmente as infrações 1, 4, 5, 6, 7 e em sua totalidade, as infrações 3, 9, 10 e 11 do lançamento fiscal. Após analisar as razões de defesa e os documentos apresentados como prova, o autuante reconheceu ter razão o impugnante quanto àquelas apontadas nos itens 1, 4, 5 e 7, fato que resultou na declaração de procedência parcial das mesmas diante das provas materiais apresentadas.

Quanto a infração 1, houve a exclusão, pelo autuante, das Notas Fiscais de nºs 683, 684, 1.018, 1.155, 1.156, 559.509, 567.558 e 191.367, cujo imposto já havia sido recolhido pelo autuado, de forma que foi reconhecido como devido apenas o valor de R\$31.456,47.

As infrações 4 e 5 foram impugnadas em conjunto. Na informação fiscal foi admitido pela autuante o cometimento dos seguintes de equívocos: na infração 4, as Notas Fiscais de nºs 2.750, 2.751, 2.728, 10.328, 10.347, 2.736, 2.776, 2.749, 10.605, 10.632 e 2.856 foram excluídas, pois se referiam a prestações de serviços fora do âmbito de incidência do ICMS; e as Notas Fiscais nºs 650, 651 e 654 foram lançadas em duplicidade na apuração do imposto devido por diferencial de alíquota. Nova planilha demonstrativa do cálculo da diferença de alíquotas sobre os bens de uso e consumo foi apresentada. Quanto à infração nº 5, a Nota Fiscal nº 2.749 se referia à prestação de serviço e não à aquisição de bem para integrar seu ativo imobilizado. Com a tais argumentos e provas, foi reconhecido como devido os valores de R\$8.853,34 e R\$4.774,14, respectivamente.

Relativamente à infração nº 7, a defesa informou ter sido sucedida em dezembro de 2001. Nesta ocasião, apurou os estoques existentes em 31/12/2001, emitindo as notas fiscais correspondentes. E, para facilitar o controle por parte da fiscalização, emitiu os documentos fiscais segregando as mercadorias de acordo com a sua tributação. A questão da autuação se prende aos documentos fiscais onde foram consignadas as mercadorias isentas e aquelas submetidas à redução de base de cálculo, ou seja, o autuante entendeu que algumas mercadorias listadas na nota fiscal nº 251.956 e tributadas com a alíquota de 7% deveriam o ser a 17% e outras, (Nota Fiscal nº 251.955) não tributadas, deveriam ter sofrido a incidência do imposto. O valor exigido foi ajustado para R\$823,54, pois, produtos de informática e máquinas e implementos agrícolas possuem sua base de cálculo reduzida – art. 87, V e art. 77, II, “a”, do RICMS/97.

**A infração 6. Declarada procedente em parte. Objeto do Recurso de Ofício.** “Exige o ICMS pelo seu recolhimento a menos por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária”. A JJF quanto à matéria em lide lavrou o seguinte voto:

*“O defendente não discordou de que havia utilizado, de maneira equivocada, a MVA. Em relação às mercadorias em que assim procedeu, não contestou a ação fiscal. Sua discordância se prendeu ao fato de que o autuante não aceitou, para as carnes bovinas, suínas e aves adquiridas, que tivesse sido aplicada a pauta fiscal. No caso, razão assiste ao defendente.*

*O art. 73, VIII, do RICMS/97 estabelece que a base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, nas operações com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque. Diante desta norma, a Instrução Normativa nº 80/00, alterada posteriormente apenas nos valores que fixava, estabelecia para as operações em lide:*

*1 - Adotar os valores constantes do anexo único a esta instrução como base de cálculo para efeito de retenção do ICMS na fonte, relativamente às saídas de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno.*

*2 - Os valores ora adotados serão utilizados, ainda, como base de cálculo para exigência do ICMS referente às entradas ou aquisições das mercadorias discriminadas no mencionado anexo, oriundas de outras unidades federativas ou do exterior, inclusive na*

*hipótese em que o destinatário ou adquirente seja autorizado a efetuar o pagamento do imposto em momento diferente do da entrada da mercadoria em território baiano.*

*Ou seja, por um ato normativo da Administração Fiscal Estadual, ficou determinado de que os valores estabelecidos através de pauta fiscal deveriam ser adotados, a época dos fatos geradores, como base de cálculo para a cobrança do imposto sobre os produtos em lide referente as suas aquisições, oriundos de outras unidades da Federação, ou mesmo do exterior.*

*Desta forma:*

*1. O fato de no § 4º, do art. 73, do RICMS/97 estabelecer que nas operações interestaduais, a adoção de pauta fiscal dependerá da celebração de convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação para definição dos critérios de fixação dos respectivos valores, neste caso não pode ser aventado, pois existe a pauta fiscal específica e é ela que rege a operação, diante das determinações do art. 100, I, do CTN;*

*2. nesta mesma linha, não se pode aventar as modificações das determinações do art. 73, § 5º, do Regulamento, como entendeu o autuante em sua última manifestação. Esta determinação se refere às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, como as mercadorias em elide, porém para a mesma, conforme já dito, expressamente consta tanto no Regulamento como na Instrução Normativa em questão que a pauta fiscal deve prevalecer. Ressalto, ainda que o art. 61, VI, do Regulamento somente foi revogado em 28/1/2001, através da Alteração 29 - Decreto nº 8087, de 27/12/01, onde expressamente determinava que a “base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é, nas operações com produtos resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque, o valor fixado em pauta fiscal estabelecida pela Secretaria da Fazenda, ou, na falta deste, a base de cálculo prevista no inciso II deste artigo.*

*Como o autuado apresentou levantamento, quando de sua defesa, onde consignou os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino e suíno que adquiriu, quer seja por compras, quer por transferências com algumas omissões, os autos foram baixados em diligência à fiscal estranho ao feito. A diligência sanou os erros constatados. O autuado chamado para ciência da mesma não se manifestou, o que me leva a entender a sua concordância com a mesma.*

*Assim, mantenho a autuação em parte deste item no valor de R\$98.210,12”.*

Quanto às infrações 9 e 10, também objeto do Recurso de Ofício, a defesa afirmou ter a fiscalização cometido equívoco, pois os documentos fiscais autuados não diziam respeito a operações de entradas e sim de saídas de mercadorias. Em sendo assim, não se podia falar em recolhimento de imposto decorrente da antecipação prevista no art. 353, do RICMS/97. Para comprovar seu argumento, apensou ao processo cópia das notas fiscais autuadas, do livro Registro de Saídas e planilha contendo a relação das notas fiscais e a página correspondente ao lançamento efetuado no livro Registro de Saídas. A autuante e a JJF acataram as alegações defensivas, promovendo a exclusão destes dois itens do Auto de Infração.

***Infração 11. Anulada pela JJF. Objeto do Recurso de Ofício.*** “Trata da falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias de 2001”.

**Decisão de colegiado da JFF:** “Analizando a autuação entendo que ela padece de nulidade, inclusive requerida pelo impugnante, pela forma como foi realizado o levantamento quantitativo dos estoques.

O autuante, para apuração do imposto, considerou as aquisições das mercadorias no ano e diminuiu estas quantidades dos estoques finais existentes. Considerou estoque inicial zero e não considerou as saídas porventura existentes.

Nesta circunstância, entendo que o procedimento da fiscalização se encontra equivocado, não estando previsto na norma regulamentar na forma realizada. O roteiro de auditoria de levantamento quantitativo somente deve ser aplicado quando todas as condições a ele pertinentes estiveram presentes, ou seja, com os estoques iniciais, entradas, saídas e estoques finais. Não existindo o quantitativo de algum deles é impossível a sua aplicação, pois as quantidades apuradas estarão distorcidas.

No caso em lide, o autuante se pautou, exclusivamente, em arquivos magnéticos. Os arquivos magnéticos, de grande valia para sua elaboração, não devem ser utilizados sem a observância dos livros e documentos fiscais existentes, quando necessários. Inclusive no específico caso, os arquivos se encontram fora do padrão (falta do Registro 60 – A, M e R), o que acarretou a multa cobrada na infração 3. Assim, o preposto fiscal equivocou-se quando:

1. não buscou no livro Registro de Inventário os estoques iniciais das mercadorias existentes, já que não se encontravam nos arquivos magnéticos. Este fato, por si só, se não foram consideradas as saídas, já dar incerteza nas quantidades levantadas.
2. não considerou as notas fiscais de entradas apresentadas pelo impugnante, mesmo quando solicitado por este Colegiado, por entender que o código dos produtos eram diferentes. Ora, mesmo que houvesse diferenças nestes códigos, analisando as mercadorias no comparativo feito pelo autuante, as mercadorias eram as mesmas. Um código de produto errado não pode ser motivo de desclassificação de documento fiscal.
3. ao não considerar qualquer quantidade de saídas, desclassificou por completo o levantamento fiscal. Durante todas as suas intervenções no processo o autuante disse que sem os arquivos magnéticos era impossível realizar este levantamento, pois seriam milhares de cupons fiscais a serem analisados. De fato, seria um trabalho estafante, porém necessário se a escolha recaiu sobre a auditoria de levantamento fiscal.

Este Colegiado ainda buscou sanar esta situação, porém não obteve êxito junto ao preposto fiscal. Diligência a fiscal estranho ao feito seria solicitar que outro auditor realizasse novo lançamento, o que não lhe compete.

*Dianete do exposto, razão assiste ao impugnante e meu voto é pela nulidade quanto a este item com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), pois não existem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração”.*

Logo, submetidas a reexame necessário desta Câmara de Julgamento as infrações 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10 e 11.

Quanto ao item 3 da autuação que “Trata da exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de o autuado ter transmitido, via Sistema SÍNTEGRA, os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2001 sem os Registros 60”, foi aplicada a penalidade prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “g”..

Em sua impugnação, o autuado alegou que não logrou êxito em fornecer os arquivos magnéticos no padrão exigido pela legislação estadual tendo em vista a incompatibilidade do seu sistema de processamento de dados com o sistema da Secretaria da Fazenda. No entanto, afirma que apresentou os mesmos em formato distinto, englobando todas as operações, no período fiscalizado.

Ao enfrentar a questão o julgador de 1º grau exarou o seguinte voto:

*"Observo que de acordo com o Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, o contribuinte é obrigado a apresentar, em arquivo magnético, todos os dados referentes as suas operações de entradas e saídas de mercadorias, cujas determinações a ele concernentes estão ali insertas. Também foi confeccionado, apensado a este Convênio, Manual de Orientação, onde estão estabelecidas todas as instruções de formas e procedimentos aos arquivos magnéticos afetos. Estas determinações e orientações foram inseridas no RICMS/97 e no seu Anexo. Como o contribuinte promove vendas de mercadorias por meio de ECF, deve informar tais operações através do registro tipo 60, que se subdivide em 60A (análítico), 60M (mestre) e 60R (resumo de item por mês), este com a finalidade de identificar, individualmente, as mercadorias comercializadas através do equipamento emissor de cupom fiscal. Portanto, as operações de vendas do período do estabelecimento através de ECF neste registro discriminadas devem, obrigatoriamente, constar. Sua ausência, inclusive, inviabiliza todo o objetivo da criação e obrigação do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, ao fisco estadual, pois sem ele não se poderá desenvolver qualquer roteiro normal de fiscalização, nele baseado. O RICMS/97 trata da questão nos seus art. 708-A e 708-B e a Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, XIII-A, "g", determina textualmente (redação atual da aliena "g" dada pela Lei nº 9.430, de 10/2/2005, efeitos a partir de 11/2/2005):*

*Art. 42 [...]*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*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;*

*Diante destas determinações e dos esclarecimentos feitos, os registros tipo 60 não podem, em qualquer hipótese, ser omitido, como ficou provado através dos arquivos enviados.*

*Com a competência legal que dispõe, o fisco estadual solicitou a apresentação dos arquivos magnéticos (fl. 11) e expediu nova intimação para que fosse sanada a irregularidade detectada (fl. 14) – Intimações em 11/1/2005 e 14/3/2005. O contribuinte não cumpriu as determinações legais.*

*Quanto a solicitação do defendente de que fosse reduzida a multa para o valor de R\$500,00, este pleito não pode ser atendido, uma vez que existe multa legal específica para a infração cometida. E, em relação às decisões deste Colegiado trazidas como paradigmas ao pedido, as situações nelas discutidas podem ter sido de natureza diversa a presente.*

*Por tudo exposto, subsiste em parte a ação fiscal no valor de R\$197.202,13".*

No Recurso Voluntário que se restringe à supracitada infração nº 3, o contribuinte, inicialmente, informa que é empresa que operou na atividade de supermercado e encerrou suas atividades em dezembro de 2001, assumindo o controle acionário do empreendimento um outro grupo que passou gerir a empresa sob a razão social de G. Barbosa Comercial Ltda. Quanto a não entrega dos arquivos magnéticos no padrão solicitado pelo fisco, declarou que o descumprimento da obrigação acessória decorreu de incompatibilidade em seu sistema de processamento de dados, tendo apresentado os arquivos em formato distinto, contendo todas as operações realizadas no período fiscalizado, além da entrega ao auditor, mediante intimação, de todos os livros e

documentos fiscais solicitados, planilhas, DAEs e DAM's, contas de Energia e Comunicações e os Mapas Resumo ECF-PDV entre outros. Argumentou que os arquivos que foram entregues fora do padrão não impediram nem inviabilizaram o correto desempenho da fiscalização face à entrega de todos os outros documentos solicitados que resultou na exigência de imposto apurada em diversas infrações. Afirmou que não agiu em momento algum com dolo e que o procedimento adotado não acarretou prejuízo ao Erário, haja vista que as operações se encontravam devidamente escrituradas nos livros fiscais do contribuinte, tendo sido recolhido imposto quando devido. Postulou a aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158 do RPAF/99, que estabelecem a possibilidade redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigações acessórias pelos órgãos de julgamento administrativo. Citou Decisão da 2ª CJF que reduziu multa de R\$ 587.286,58, para R\$ 500,00 e requereu tratamento isonômico. Mencionou também Decisão da 1ª JJF (Acórdão nº 2024/01), que reduziu multa em face da entrega de DMA após a autuação. Requereru ao final o conhecimento e provimento do presente Recurso.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), através do Dr. José Augusto Martins Junior, discorreu que a súplica recursal cinge-se tão-somente a um pedido de redução de multa, porquanto, segundo o recorrente, a infração de não entrega dos arquivos magnéticos no padrão legal não foi efetuada com dolo ou fraude, e igualmente, que os arquivos magnéticos apresentados, apesar de estarem no formato distinto do previsto na norma, trouxeram o relato de todas as operações realizadas no período fiscalizado, sendo que somente o registro 60 não conseguiu ser adequado às exigências legais. Ao enfrentar as alegações recursais a representação da PGE/PROFIS inicialmente transcreveu o art. 708-A do RICMS, para firmar o entendimento de que o usuário estava obrigado a apresentar os arquivos magnéticos em sua totalidade, inclusive os registro 60-R e 61-R, havendo previsão de dispensa apenas ao contribuinte que utilizasse processamento de dados somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais. Afirma que o recorrente não logrou em retificar a deformidade da apresentação dos arquivos, apesar de devidamente intimado para tal correção, conforme atesta as intimações anexas, fls. 11 e 14, não o fazendo porque não quis. Sustenta a existência de conduta dolosa, no caso em exame, pois há reconhecimento expresso do descumprimento da obrigação acessória pelo recorrente, restando irretocável a intenção de praticar o ato infracional, ao menos com dolo eventual. Opinou, ao final, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infração 3)**

O Recurso de Ofício compreende a análise das infrações 1, 4, 5, 7, 6, 9, 10 e 11, em face da redução dos valores autuados após o julgamento de Primeira Instância. Observo que a Decisão de 1º grau se encontra respaldada na documentação probante acostada ao processo e na correta aplicação da legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Logo, não há qualquer reparo a ser feito.

Passo à análise do Recurso Voluntário, restrito à infração 3. Neste item, foi lançada a penalidade no valor de R\$ 197.202,13, *por descumprimento de obrigação acessória, em razão de o autuado ter transmitido, via Sistema SINGRA, os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2001 sem os Registros 60*.

A referida infração foi confessada pelo autuado desde o oferecimento de sua peça defensiva, alegando-se a incompatibilidade do seu sistema de processamento de dados com o sistema da Secretaria da Fazenda. Foi postulada, entretanto, a redução da penalidade, para R\$ 500,00, utilizando-se como paradigma Decisão originária deste CONSEF.

Nos autos restou comprovada a entrega de arquivos magnéticos em padrão diferente do previsto na legislação, o que, nos termos do § 6º do art. 708-B do RICMS-BA, configura o não fornecimento dos referidos arquivos e sujeita o contribuinte à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96.

O disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96 autoriza este CONSEF a reduzir ou dispensar multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

No caso em tela, entendo que as condições necessárias para a redução ou dispensa da multa não estão presentes. Não se pode dizer que a irregularidade não causou prejuízo ao Erário, uma vez que ela prejudicou a aplicação de roteiros de auditoria fiscal que somente seriam viáveis com a utilização de sistema eletrônico de processamento de dados. Ressalto, em especial, a inviabilidade da aplicação do roteiro de estoques. Os livros e documentos fiscais, as planilhas, os DAEs e DMA's, etc. apresentados pelo autuado não supriram as omissões existentes nos arquivos magnéticos, pois, como foi destacado pelo fiscal autuante, o descumprimento da obrigação tributária acessória prejudicou a regular fiscalização do estabelecimento, o qual, diga-se de passagem, é um supermercado de porte considerável e que comercializava com milhares de itens. Essa circunstância ficou patente na anulação do item 11 do Auto de Infração, pela Junta de Julgamento, questão que foi reexaminada por ocasião do julgamento do Recurso de Ofício.

Além disso, neste mesmo Auto de Infração, em diversos itens, há cobrança de imposto não recolhido regularmente pelo recorrente.

Quanto à solicitação para que seja concedido ao recorrente o mesmo tratamento dispensado a outras empresas, saliento que as decisões citadas no Recurso Voluntário não refletem o entendimento dominante neste CONSEF, pois se referem a situações diversas das que se encontram em discussão na presente lide. Ademais, os Acórdãos mencionados não vinculam a presente Decisão.

Relativamente ao montante alcançado pela multa, destaco que o percentual utilizado no lançamento está expressamente previsto no art. 42, inc. XIII-A, "g", da Lei nº 7.014/96, para a infração que foi imputada ao contribuinte, não havendo como prosperar a alegação recursal de que a pena aplicada configura um confisco.

Pelo acima exposto, entendo que a infração está caracterizada e que foi correta a Decisão recorrida, não sendo cabível a redução ou dispensa de multa solicitada pelo recorrente. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, em concordância com o Parecer jurídico da Procuradoria Estadual.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infração 3)**

Divirjo do eminentíssimo relator no que se refere ao entendimento pelo mesmo esposado quanto ao mérito da infração 3, objeto do Recurso Voluntário.

É inquestionável que a referida infração foi confessada pelo mesmo desde o oferecimento de sua peça defensiva apresentada nos autos, decorrente da má conservação dos referentes arquivos por parte da empresa contratada.

Todavia, restou comprovado, por outro lado, que o recorrente entregou os arquivos magnéticos em formato distinto, englobando todas as operações realizadas no período fiscalizado. Além disso, apesar da empresa não haver apresentado o arquivo na forma exigida pela fiscalização, a mesma atendeu plenamente as suas intimações, posto que remeteu para o autuante todos os livros e documentos fiscais, planilhas de levantamento do imposto devido por substituição, DAE's, DMA's, contas de energia, de comunicação e dos Mapas Resumo ECF-PDV, conforme documentos jungidos aos autos, documentos estes, inclusive, que motivaram a lavratura do presente Auto de Infração.

Ora, por tal razão, a despeito do inquestionável cometimento da infração, a infração praticada pelo autuado se encontra “relativizada”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, deram azo à lavratura do presente Auto de Infração e à cobrança do imposto perquirido pelo Fisco Estadual.

Note-se, ainda nesse envolver, que foi elaborado, inclusive, levantamento quantitativo de estoque por parte do fiscal autuante, objetivando a cobrança do imposto através de outro roteiro de auditoria.

Daí porque, no meu entender, com a lavratura do presente Auto de Infração, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio autuado, logrou alcançar a cobrança de parte do imposto efetivamente devido.

No presente caso, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito – resultaria em manifesta violação do princípio da razoabilidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional e absurda.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização no que concerne à apuração do imposto devido, entendo, por outro lado, ser desproporcional e irrazoável a multa aplicada, notadamente porque restou comprovado que o autuado forneceu àquela documentos outros, através dos quais se conseguiu apurar o imposto principal devido, razão pela qual, invocando, no particular, o Acórdão paradigma de nº 0383-12/06, da lavra do ilustre Conselheiro Bento Luiz Freire Villa Nova, voto no sentido de acolher parcialmente as razões recursais do autuado para reduzir para 10% – R\$ 19.720,21 - o valor da multa acessória originariamente cobrada na infração 3, objeto da presente autuação de acordo com § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232954.0001/05-6, lavrado contra **G. BARBOSA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$158.191,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$19.720,21**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infração 3): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida e Fauze Midlej.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário Infração 3): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR (Voto Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infração 3)

NELSON DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS