

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0005/05-1
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 4ª JF nº 0307-04/06
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 14/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/07

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração parcialmente elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA RELATIVA À AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Infração insubsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente caracterizada. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a.1) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA, NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO OU NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Infração parcialmente mantida. a.2) MERCADORIAS RELACIONADAS NO ANEXO 69 E 88. Infração parcialmente elidida. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Modificada a decisão recorrida. Reduzido o débito a 10% do valor da multa originariamente aplicada. Infração parcialmente subsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, este interposto às fls. 1879/1889, em face de Decisão que julgou a demanda fiscal parcialmente procedente.

O apelo empresarial limita-se à impugnação da infração 6, compondo o Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 3, 4, 8 e 9, eis que objeto de improcedência ou redução.

Em sede de defesa, o contribuinte impugna parcialmente o lançamento, reconhecendo o valor autuado de R\$ 97.100,95, relativo às infrações totais nº 5 e 7 e parciais nº 1, 3, 4 e 8.

Acusa erros de apuração na infração 1, relativamente ao mês de Novembro/2000, tendo reconhecido o valor de R\$ 11.114,77.

Refuta a utilização em duplicidade dos créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica/telecomunicações, e requer a improcedência da demanda. Promove a juntada de diversos

documentos fiscais de consumo de energia elétrica e telecomunicações referentes ao mês de novembro e dezembro/2000.

Defende na infração 3 o direito ao benefício da alíquota reduzida por conta da aquisição de produtos de informática.

Na infração 4 aponta erros materiais cometidos na lavratura do Auto de Infração, o que teria ensejado majoração ilícita da exigência fiscal.

Sustenta que entregou os arquivos magnéticos solicitados em formato distinto do exigido, por conta da incompatibilidade do sistema de processamento que utiliza, estando neles retratadas todas as operações realizadas no período fiscalizado.

Informa que atendeu plenamente todas as intimações, instruindo a ação fiscal com 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 solicitados, conforme se depreende dos documentos que acompanham a defesa.

Afasta qualquer intenção de fraude ou má-fé na conduta empresarial, assentando a ausência de prejuízos ao Estado, ante a escrituração escoreita nos livros fiscais.

Invoca em abono de sua inteligência, o art. 42 e seu § 7º, da Lei nº 7.014/96 e o art. 158, do RPAF/99, e arestos exarados pelo CONSEF. Pugna pelo cancelamento da multa ou sua redução.

Na infração 8, arroga-se no direito ao benefício da redução da base de cálculo, prevista no art. 87 do RICMS/BA, identificando, ainda, equívocos na apuração do montante devido.

Na infração 09, o Autuado aponta diversas inconsistências na apuração da exação, tais quais: Falta de abatimento do ICMS de origem – Não foi abatido o ICMS destacado nas notas fiscais de origem referente a diversos produtos; Erro na alíquota aplicável – Ao apurar o ICMS nas aquisições de macarrão, massa para lasanha e para sopa, o autuante aplicou a alíquota de 17% quando o correto é 7% para esses produtos; Falta de redução da base de cálculo dos produtos de informática – O auditor não efetuou a redução de base de cálculo dos produtos de informática(disquetes), prevista no art. 87 do RICMS/BA; Erro no valor da pauta fiscal de carnes; Inclusão de produtos não sujeitos ao regime de substituição tributária, tais como: produtos eletrônicos e kit refeição; Falta de redução da base de cálculo dos produtos farmacêuticos; Margem de Valor Agregado para energéticos – O autuante utilizou uma MVA de 140% para energéticos quando a legislação previa 60%; Erro de MVA de chocolate – Calculou a MVA de chocolate em 40% quando a margem correta é 30%.

Pugna, ao final, pela Procedência Parcial da autuação.

Na réplica fiscal de fls 1266/1271 dos autos, o autuante acata os argumentos empresariais aduzidos para as infrações 1, 3, 4, 8 e 9, tendo sido confeccionadas novas planilhas, as quais fixam o valor do tributo em R\$ 111.794,66.

Ao sustentar a infração 2, aventa a negligência empresarial na demonstração da composição dos valores utilizados nas competências de novembro e dezembro/2000. Mantém a autuação.

Adiante, o exator ratifica a infração 6, fundado no art. 1º, IX, “b”, da Lei nº 7.014/96, denunciando prejuízo ao erário consubstanciado na execução do roteiro de auditoria de estoques. Certifica o inatendimento empresarial das intimações, bem assim o descumprimento do art. 4º, do Decreto nº 7.947/01.

Reitera o descumprimento do art. 708-B, do RICMS/97, anuindo à correção proposta pelo contribuinte relativo ao mês de outubro de 2000, operando-se a redução da infração para R\$ 671.434,58.

Em nova promoção de fls. 1.818/1822, o autuado reitera impugnação às infrações 2 e 6, aduzindo ainda, em relação à infração 9, as retificações executadas não são suficientes à depuração do crédito tributário, pois não concedida a redução no art. 87 do RICMS, para produtos de informática, e, no caso dos energéticos, não foi processada a substituição da MVA.

A diligência alvejou controvérsias atinentes à infração 9, determinado a JJF que a ASTEC procedesse à elaboração de novo demonstrativo de débitos, corrigindo-se os valores dos produtos de informática (disquetes) e produtos energéticos.

Através do Parecer nº 0126/2006, às fls. 1834/1835, a ASTEC ajustou a autuação, atribuindo à infração 9 o valor de R\$ 110.911,83, transcorrido *'in albis'* o decênio empresarial.

Certificando a ausência de impugnação às infrações 5 e 7, manteve a autuação neste particular.

A JJF acatou as retificações empreendidas pelo exator, mantendo parcialmente a infração 1 no valor de R\$ 29.740,45.

Ante a farta documentação fiscal anexa aos autos, concluiu a JJF a inexistência de utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica/telecomunicações, não logrando êxito a fiscalização comprovar a duplicidade de lançamentos de créditos fiscais. Julga improcedente a infração.

Aquiesce o *'a quo'* à redução proposta pelo exator na apuração da infração 3, visto que incluídas indevidamente notas fiscais de aquisição de produtos de informática contemplados pela alíquota mais favorável.

No que concerne à infração 4, igualmente, a JJF adere à redução proposta para R\$ 17.309,84, eis que extirpados acertadamente os erros indicados pelo autuado.

Na infração 6, foi aplicada multa pelo fato do autuado não fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações realizadas.

Dispondo sobre o não atendimento das intimações para apresentação dos dados e informações fiscais solicitados, consoante os arts. 685, c/c os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97, entendeu a JJF caracterizada a infração, susceptível, portanto, de aplicação da penalidade regulamentar, prevista no art. 42, XIII-A, "g", da Lei nº 7.014/96, transcrito no voto.

Rejeitou, assim, o pedido de cancelamento ou redução da multa, fixando o valor da infração 6 em R\$ 671.434,58.

Entendeu o *'a quo'* que a alteração da infração 8 proposta pelo exator encontra respaldo na legislação, pois o art. 87 do RICMS/BA autoriza a redução da base de cálculo. Anuiu, outrossim, às correções dos equívocos apontados pelo defendente, definindo a infração em R\$ 29.851,23.

No tocante à infração 9, a JJF adere sem restrições às conclusões da ASTEC, mantendo parcialmente procedente a infração no valor de R\$ 110.911,83.

Ao final, apresenta um quadro resumo dos valores atribuídos às infrações, recomendando a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÃO	VALOR R\$
1	29.740,45
2	0
3	2.292,79
4	17.309,84
5	5.142,69
6	671.434,58
7	34.050,79
8	29.851,23
9	110.911,83
TOTAL	900.734,20

Irresignado com o teor da Decisão primária, agita o autuado o Recurso Voluntário de fls. 1879/1889, circunscrevendo sua insurgência à infração 6.

Devolve a esta instância a alegação de incompatibilidade de seu sistema de processamento de dados, tendo sido apresentados os arquivos magnéticos em padrão distinto do solicitado na ação fiscal. Sustenta o atendimento e cumprimento das intimações fiscais, mormente quando forneceu

todos os livros e documentos fiscais, planilhas de levantamento do ICMS-ST devido, DAEs, DMAs, mapas resumo dos EDFs-PDV e tudo o mais.

Assegura a inexistência de dolo, fraude ou outro qualquer vício na conduta empresarial, sendo certo que a escrita contábil mantém-se devidamente registrada, não tendo gerado prejuízos ao erário.

Invoca arestos exarados pelo e. CONSEF que contemplam a redução da multa em casos análogos, pugnando ao final pelo provimento do apelo empresarial, e, por conseguinte, a Procedência Parcial da autuação.

A d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, opina às fls. 1895/1896, pelo Desprovimento do Recurso Voluntário, acusando o prejuízo sofrido pelo Estado decorrente do descumprimento da obrigação acessória cometida ao recorrente, por força da legislação tributária.

VOTO

De bom alvitre esclarecer que o vertente Auto de Infração compõe uma série lavrada concomitantemente em razão de pedido de baixa de várias filiais do autuado, por conta de transferência acionária em favor de outro grupo empresarial.

Destarte, conquanto caracterizada a falta apontada na infração 6, entendo que a multa ora aplicada ao invés de atingir seus reais objetivos, mormente os de natureza pedagógica, imporá uma penalidade deveras desproporcional e irrazoável.

Aliás, vale registrar a intelecção consensual esposada por esta colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no que pertine à desproporção da multa aplicada em casos análogos ao ora em discepção, independentemente da sua manutenção ou não.

Entendo, *‘venia concessa’*, que o dispositivo legislativo que subsume a conduta empresarial encontra-se defasado, e, portanto, desassociado da atual conjuntura econômica que envolve as empresas.

Restou incontroverso que o recorrente atendeu as intimações fazendárias na medida de suas possibilidades, fornecendo, inclusive, toda a documentação fiscal pertinente, sem obstaculizar o trabalho da fiscalização até mesmo por outros roteiros.

Mister assentar, ademais, que do plexo probatório não se pode dessumir conduta empresarial animada por dolo, simulação ou fraude, máxime quando desta conduta não se divisou prejuízos ao erário.

Subsidia ainda o entendimento ora esposado o Código Civil Brasileiro, em seus arts. 412 e 413, os quais vedam a aplicação de penalidade superior ao valor da obrigação principal e autoriza a redução equitativa da penalidade em caso de adimplemento parcial da obrigação principal ou obrigação manifestamente excessiva.

Saliente-se também que se é dever do Estado cobrar os créditos tributários, constitui-se direito inconcusso do infrator sofrer a punição na exata proporção da sua falta. A multa ora imposta, por seu caráter predatório, equipara-se à pena de morte empresarial ou mutilação, cuja cobrança poderá importar na inviabilidade ou precarização insuperável do empreendimento, frustrando o Estado da arrecadação de tais valores, sem atingir o desiderato pedagógico.

Neste sentido, segue excerto do voto proferido pelo Ministro da Corte Suprema, CELSO DE MELLO, no julgamento não unânime pelo Tribunal Pleno (apenas um Ministro divergiu), do Recurso Extraordinário 413.782-8 / Santa Catarina, datado de 17/03/2005, o qual adverte com precisão sobre os contornos do poder de tributar, à vista dos Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade, e arrimado no inciso XIII, do art. 5º e art. 170 da Carta Magna, *‘verbis’*:

“...Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o Chief Justice JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso “McCulloch v. Maryland”, que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RF 145/164 – RDA 34/132), eis que – como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre “Os Limites do Poder Fiscal do Estado” (RF 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, “um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade”. (grifos do original)

Frise-se, por derradeiro, que o entendimento ora esposado por esta e. CJF privilegia as circunstâncias peculiares do caso vertente, tais quais a ausência de dolo, fraude, simulação, má-fé, bem assim a lavratura simultânea de vários autos de infração, após pedido de baixa das filiais encaminhado pelo recorrente à Administração Tributária do Estado, o que, decerto, concorreu para o descumprimento das obrigações acessórias ora em voga.

Para casos outros, mormente quando se identifique a presença de dolo ou fraude, a autoridade do comando legislativo que prevê a multa será sempre resguardada, até mesmo em deferência aos contribuintes que cumprem intransigentemente suas obrigações tributárias.

Neste compasso, conheço do Recurso Voluntário, para PROVER PARCIALMENTE, reduzindo a multa a 10% (dez por cento) do valor estipulado pelo ‘a quo’ para a infração 6, acrescidos dos acessórios, importando o principal em R\$ 67.143,45.

O Recurso de Ofício alveja as infrações 1, 2, 3, 4, 8 e 9.

A JJF reduziu o valor inicialmente atribuído à infração 1, por conta de erros na apuração do montante devido no mês de Novembro/2000. Tais erros sofreram a devida correção pelo próprio exator, importando na fixação da condenação em R\$ 11.114,77. Nada a reparar, mantida, assim, a Decisão neste particular.

No que atine à infração 2, entendo caracterizado o crédito empresarial de energia/telefone nas competências de Novembro e Dezembro/2000, na forma demonstrada nos documentos 193/217, não logrando êxito a autuação na comprovação da apropriação em duplicidade de tais créditos. Mantenho a improcedência da infração.

Concernentemente à infração 3, entendo incorreta a contabilização dos documentos fiscais que retratam operações beneficiadas por alíquota reduzida, eis que revelam a aquisição de produtos de informática. Mantenho a fixação da condenação em R\$ 2.292,79.

Após a correção de erro material na apuração do tributo nas competências de Outubro e Novembro/2001, o exator fixou o valor da infração 4 em R\$ 17.309,84, chancelado pela JJF. Nada a censurar, mantenho a Decisão de base.

A ação fiscal na apuração da infração 8 negligenciou a concessão da redução de base de cálculo, prevista no art. 87 do RICMS/BA, tendo ainda cometido equívocos na apuração do montante devido.

Após revisão pelo próprio exator, que, sem insurgência do contribuinte, fixou a condenação em R\$ 29.851,23, a JJF ratificou o lançamento, não merecendo reparos o vertente entendimento. Mantenho a Decisão.

No que tange à infração 9, entendo que o montante devido foi depurado acertadamente, inicialmente pelo próprio exator, e, posteriormente, pela ASTEC, através do Parecer nº 0126/2006, pelo que mantenho a Decisão primária que fixou a condenação em R\$ 110.911,83.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

VOTO DISCORDANTE (Quanto ao Recurso Voluntário)

Inicialmente, ressalto que dentre os vários Autos de Infração lavrados contra estabelecimentos filiais da mesma empresa, com a mesma acusação (falta de entrega de arquivos magnéticos), o posicionamento deste CONSEF não tem sido pacífico em ambas as Câmaras. Esta própria 2ª CJF, por meio do Acórdão CJF Nº 0405-12/06, não reduziu a multa indicada no lançamento, negando provimento ao Recurso Voluntário. Por seu turno, a 1ª CJF, mediante o Acórdão CJF Nº 0336-11/05, também Negou Provimento ao Recurso Voluntário que estava em apreciação, mantendo a multa inalterada. Não se pode alegar que as situações envolvidas eram diferentes da que se encontra em lide, pois o cotejo dos referidos Acórdãos mostra que as acusações, as circunstâncias e os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados eram semelhantes.

Feita a ressalva acima, passo a me pronunciar acerca do mérito do Recurso Voluntário em análise e, respeitosamente, divirjo do posicionamento do ilustre relator quanto à redução da multa indicada para a infração 6, pois entendo que o recorrente está impossibilitado de usufruir do benefício previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, já que não preenche os requisitos legais para tanto.

Os autos comprovam 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 da multa não estão presentes nos autos. Não se pode dizer que a irregularidade não causou prejuízo ao Estado, 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 e, além disso, neste mesmo Auto de Infração há cobrança de imposto não recolhido regularmente pelo recorrente. O prejuízo causado pelo recorrente não se restringiu apenas ao fisco baiano, já que outras unidades da Federação foram também prejudicadas com a falta de entrega dos referidos arquivos. Agravando tudo isso, o recorrente é reincidente neste tipo de infração.

Não se justifica a alegação recursal de incompatibilidade no sistema de processamento de dados. Esse argumento poderia ser um fator a favor da pleiteada redução de multa – com a devida cautela -, caso estivéssemos tratando de um pequeno estabelecimento, sem recursos para adquirir equipamentos de informática. Além do mais, não se pode olvidar que nem mesmo prova dessa alegada incompatibilidade no sistema de processamento de dados foi trazida ao processo.

Os livros e documentos fiscais, as planilhas, os DAEs e DMAs, etc. apresentados pelo recorrente não possuem o condão de suprir as omissões existentes nos arquivos magnéticos apresentados, pois o descumprimento da obrigação tributária acessória em questão prejudicou a regular fiscalização do estabelecimento, um supermercado que comercializa com milhares de diferentes itens.

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, tratam de situações diversas da que se encontra em lide, bem como não vinculam a presente Decisão.

Relativamente ao montante alcançado pela multa, saliento que o percentual utilizado no lançamento está expressamente previsto no art. 42, da Lei nº 7.014/96, para a infração imputada ao recorrente, não havendo como prosperar a alegação recursal de que a pena aplicada configura um confisco, pois a multa indicada no lançamento é proporcional ao faturamento do estabelecimento e não ultrapassou o imposto devido no período.

Pelo acima exposto e em consonância com o Parecer da PGE/PROFIS, entendo que a infração está caracterizada, que foi correta a Decisão recorrida e que não é cabível a redução de multa solicitada pelo recorrente.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, posto que, quanto ao Recurso de Ofício, acompanho o voto proferido pelo ilustre relator.

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 **232954.0005/05-1**, lavrado contra **G. BARBOSA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$229.299,62**, sendo R\$76.863,26, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, “f”, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$152.436,36, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$67.143,45**, prevista no inciso XIII-A, “g”, c/c §7º, do mesmo artigo e diploma legal antes citado, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

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

VOTO DISCORDANTE (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiro Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRRE VILLA NOVA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DISCORDANTE (Quanto ao Recurso Voluntário)

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS