

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0005/07-6
RECORRENTE - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA. (SUPERMARKET)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0315-02/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/03/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Não acolhida a argumentação de nulidade. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA E NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado que parte da exigência fiscal se refere a mercadorias não tributáveis. Aplicadas as multas de 10% e 1% sobre o valor das mercadorias não escrituradas. Contribuinte não comprovou que as notas fiscais objeto da autuação foram registradas. Rejeitado o pedido de diligência. Infração caracterizada em parte. Modificada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R e 74. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Multa desproporcional que enseja a sua redução para 10% do valor autuado. Alterada a decisão de primeira instância. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime em relação à infração 1. Vencido o voto do relator quanto à infração 2. Decisão não unânime quanto às infrações 2 e 3.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$320.481,52, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$542,64, 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/BA.

2. Multa no valor de R\$9.729,52, em razão de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e sem o devido registro na escrita fiscal.
3. Multa no valor R\$310.209,36, por ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período. Consta da acusação que os arquivos magnéticos foram entregues com ausências dos Registros 54, 60R e 74.

O autuado apresentou defesa às folhas 243 a 257, impugnando o lançamento tributário, requerendo a nulidade da infração 1, alegando que desconhece a operação, não reconhece o valor constante da nota, não formalizou tal pedido, de forma que não pode ser apenado por entrada que não promoveu, pois não adquiriu qualquer mercadoria que corresponda ao valor informado.

Aduziu que a simples emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria, conforme já foi decidido por este Conselho de Fazenda, pela 2ª Câmara, mediante Resolução nº 348/86, transcrevendo Ementa e trecho do voto do conselheiro Carlos Fernando Amaral, na referida resolução.

Disse que não é exigível a prova negativa do contribuinte, pois, como bem asseverou o conselheiro Carlos Fernando Amaral, não é possível realizar prova *“de que as mercadorias não foram recebidas, simplesmente porque quando não se recebe uma mercadoria que não foi comprada não se fica com qualquer prova deste não recebimento”*.

Asseverou que nem é preciso dizer que, no presente caso, não houve qualquer prova de que a mercadoria realmente entrou no estabelecimento do autuado, não houve a juntada do comprovante de recebimento fornecido pela transportadora, um levantamento quantitativo de estoque, uma diligência junto ao fornecedor.

Ressaltou que enviou correspondência com AR, conforme cópia acostada à defesa, onde o autuado expressamente afirmou que *“não reconhecendo a compra”*, requer cópia do pedido de acordo entre o vendedor x comprador, e do setor de cobrança a comprovação do respectivo pagamento efetuado.

Em relação à infração 2, argumentou que boa parte das notas fiscais foram registradas, conforme pode ser constatado na cópia do livro Registro de Entradas por diligência fiscal que requereu. Em relação à outra parte, reiterou suas argumentações no sentido de que não comprou tais mercadorias, que ora se demonstra pelos anexos comprovantes dos correios de que os *“fornecedores”* foram realmente notificados, pelo que ficaram cientes da discordância do autuado em relação aos inúmeros *“pedidos”* que efetivamente não foram feitos pelo estabelecimento autuado.

Reiterou, ainda, que existem outros meios à fiscalização, a fim de comprovar sua acusação, uma vez existem elementos que provam o eventual recebimento das mercadorias, como dito, o próprio comprovante de recebimento do transportador, o levantamento quantitativo de estoques e verificações junto ao fornecedor.

Ainda sobre a infração 2, o autuado entendeu descabida a aplicação de 10% sobre o valor de algumas mercadorias consideradas tributáveis pela fiscalização, mas que, em verdade, devem ser consideradas não tributáveis. Explicou que, em certos casos, algumas entradas não registradas são de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento. Outras notas são de mercadorias sujeitas ao regime de tributação. Deste modo, deveria ter sido realizado um trabalho identificando as mercadorias não registradas, pois algumas são realmente tributáveis, ensejando a aplicação da multa de 10%, mas parte não é tributável, exigindo uma multa de 1%.

Relativamente à infração 3, asseverou que, em que pese a veracidade dos fatos, discordava da pesada multa aplica, sendo confiscatória, desproporcional e irrazoável, pois o registro que faltou não foi por culpa do autuado, mas sim em razão da falta de habilitação por parte da empresa contratada.

Salientou que não deixou de recolher um único centavo de ICMS e que entregou todos os livros e documentos solicitados pela fiscalização.

Argumentou o autuado que seria o caso de se aplicar o quanto disposto no §7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para se reduzir ou cancelar a multa, pois está comprovado que a alegada infração não foi praticada com dolo (foi causada, confessadamente, pela empresa responsável pela manutenção do sistema).

Aduziu que será feito justiça se forem canceladas as infrações 2 e 3 dos autos, resultante de uma infelicidade do contribuinte, que não resultou em evasão fiscal. Noutro giro, caso este Conselho entenda prudente a redução da multa, vale como parâmetro o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e Acórdão JJF nº 0186-01/02, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, transcrevendo as Ementas dos acórdãos.

Argumentou que, caso ultrapassados todos os demais argumentos defensivos, o autuado discordava do valor da multa cobrada no lançamento fiscal, pois o autuante considerou como base de cálculo da imputação toda a movimentação do estabelecimento, e não apenas as saídas tributáveis, conforme determina este CONSEF, citando o Acórdão JJF nº 0273-04/02.

Reiterou o pedido de diligência fiscal, a ser realizada por auditor estranho ao feito ou pelo próprio autuante, para se encontrar o valor correto da multa, caso ela porventura persista, culminando na procedência parcial das infrações 2 e 3.

Ao final, requereu a improcedência ou nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, às folhas 523/524, em relação à infração 1, o autuante disse que as alegações defensivas são frágeis diante da prova apresentada, folha 15 dos autos, onde acostou a 3ª via da Nota Fiscal nº 11109, capturada em Posto Fiscal de fronteira, emitida por Industrial e Comercial Jandaia Ltda., estabelecida no Estado do Ceará. Destacando o fato de que constam na nota fiscal os dados da empresa transportadora.

Quanto ao argumento da negativa do contribuinte, que busca amparo numa “Decisão do CONSEF” (desconhecida pelo autuante), entendeu que a prova maior está no fato da nota fiscal ter sido capturada num Posto Fiscal.

Em relação à infração 2, aduziu que o autuado não informou qual ou quais notas fiscais teriam sido escrituradas, não identificou nenhuma, constante no demonstrativo de folhas 16 e 17 do PAF.

Relativamente à argumentação contra a aplicação do percentual de 10%, folhas 249 e 250, chega ser pueril, quando relata que se referem a bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento. Quanto às mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária basta verificar os documentos fiscais para comprovar que não houve, em nenhum caso, retenção na fonte pelo fornecedor.

No tocante à infração 3, não é competência do autuado discorrer sobre a legalidade da Lei que comina penalidade. Inclusive, entendeu que o CONSEF, também, não seja a instância competente para tal. Ao autuante cabe, exclusivamente, aplicar à penalidade prevista na legislação tributária, aplicável à transgressão apurada.

Ao finalizar, opinou pela manutenção das infrações.

Através do Acórdão JJF nº 0315-02/07, decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) a preliminar de nulidade deve ser afastada, *“tendo em vista que nas vias das notas fiscais capturadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia constam os dados do contribuinte autuado como destinatário das mercadorias”,* bem como *“a Razão Social, o CNPJ, Inscrição de Estadual e o endereço do contribuinte autuado, dados estes que entendo que são suficientes para caracterização da infração”;* além disso, prossegue, *“Este órgão julgador, nos últimos anos, já consolidou o entendimento de que estando acostadas aos autos uma via das notas fiscais objeto da autuação, e nelas constando os dados do sujeito*

passivo, tais como a Razão Social, o CNPJ, Inscrição de Estadual e o endereço, é prova suficiente para caracterização de que o contribuinte adquiriu as mercadorias, independentemente da juntada de qualquer diligência no estabelecimento do fornecedor ou comprovante do transportador, como alegou o autuado”;

- b) no que se refere à infração 1, asseverou que *“A correspondência enviada ao fornecedor das mercadorias pelo autuado, não é capaz de elidir a infração, pois não trata-se de uma prova efetiva de que não tenha adquirido as mercadorias”*, visto que, *“Conforme pronunciamento da Procuradoria Fiscal, consignado no Acórdão JF nº 0143-04/04, ao analisar juridicamente o argumento defensivo de que não teria realizado as aquisições consignadas nas notas fiscais e que teria ingressado com ação judicial contra o emitente, ressaltou o art. 121 do CTN diz que o Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, seja por obrigação própria como na infração 2 ou por substituição como na infração 1, ambas com previsão legal”*, transcrevendo parte do aludido Parecer jurídico;
- c) com relação à infração 2, decidiu que *“algumas notas estavam escrituradas e outras seriam não tributáveis, entretanto não indicou quais seriam as respectivas notas fiscais, tem simplesmente alegado, sem apresentar qualquer prova”*; ressaltou, também, que *“o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no artigo 143, do mesmo regulamento”*; resta prejudicada, portanto, *“a análise dos Acórdão CJE nº 0206-12/05 e JF nº 0186-01/02 citados pelo autuado, uma vez que, repito, o autuado não indicou as notas fiscais que seriam de mercadorias isentas ou não tributáveis, nem indicou e não acostou cópia do livro fiscal comprova o registro dos referidos documentos”*;
- d) salientou que acolhia *“integralmente o Parecer da PROFIS exarado em processo idêntico ao presente, no qual o contribuinte fora autuado por idênticas infrações consignadas no Auto de Infração em tela, nas infrações 01 e 02”*;
- e) de referência à infração 3, assinalou o a quo que *“Na presente lide restou comprovado e até mesmo reconhecido pelo autuado, que o mesmo deixou de entregar os arquivos magnéticos como os Registros Tipo 54, 60R e 74, os quais constam os seguintes dados: REGISTRO Tipo 54 – são consignadas as operações de entradas e saídas, identificando cada remetente e cada destinatário, além dos demais dados de cada nota fiscal. Foi instituído pela redação original com efeitos de 28.06.95 a 31.12.02, sendo apenas alterada a redação do campo 07, pelo Convênio ICMS 69/92. REGISTRO Tipo 74 – são consignados os lançamentos constantes do livro Registro de Inventário, foi instituído pelo Convênio ICMS 69/02, com efeitos a partir de 01.01.03, logo, não sendo possível exigir a apresentação do referido registro na presente lide. Entretanto, o valor do inventário não gerou qualquer implicação na apuração da base de cálculo da autuação, a qual foi apurada através da soma das operações de entradas e saídas de mercadorias”*; prosseguiu, aduzindo que *“o art. 708-B, do RICMS/97, determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando 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”*, bem assim que *“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”*, transcrevendo o § 6.º, do art. 708-B, do RICMS; entendeu que *“não resta qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento do autuante, ao aplicar a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois trata de multa específica para situação em tela, não sendo possível qualquer redução na multa aplicada”*; por fim, no que concerne ao pedido de cancelamento das multas aplicadas nas infrações 2 e 3, salientou que o

mesmo “*não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma que restou comprova a falta de recolhimento do ICMS exigido na infração*”; ressaltou que não foram atendidas as exigências acima, deixando, por tal razão, de acatar o pedido do autuado.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa todos os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça defensiva. Acrescenta que a Decisão não deferiu “*as várias provas solicitadas pela defesa (levantamento quantitativo de estoque no estabelecimento autuado; diligência junto aos 'fornecedores', etc.)*”, bem assim que “*quanto à multa o comodismo se repetiu, d.v., pois apesar de reconhecer que os arquivos foram entregues, manteve a escorchantes multa (em valor muito mais elevado que o ICMS exigido no outro item)*”. Reitera a argumentação de que não recebeu e muito menos pediu as mercadorias constantes das notas fiscais capturadas no CFAMT, visto que encaminhou correspondências, através AR, aos fornecedores, através das quais afirma que não reconhece as aludidas compras. Assinala que não procede a assertiva do v. Acórdão recorrido de que não apresentou “*elementos de prova de que não adquiriu as mercadorias ou as devolveu*”, ratificando a sua posição de que não pediu as mercadorias e não as recebeu.

No que pertine à infração 1, além de reproduzir textualmente as suas razões constantes da peça impugnatória, salienta que “*a autuante simplesmente se acomodou com a consulta ao CFAMT*”, razão pela qual “*está convicta do desacerto da fiscalização e da JJF quando se acomodaram na simples consulta ao CFAMT, porque não houve qualquer prova de que as mercadorias realmente ingressaram no seu estabelecimento*”.

Quanto à infração 2, limita-se o recorrente a repetir os mesmos argumentos dispostos em sua peça defensiva.

De referência à infração 3, repisa a tese de que a multa aplicada se figura desproporcional, irrazoável e em valor muito superior ao ICMS cobrado. Assevera também que os arquivos magnéticos foram entregues, faltando apenas alguns registros, não por culpa sua, mas sim em razão de falta de habilitação adequada por parte da empresa responsável, fato comprovado documentalmente, através de Declaração por parte daquela empresa.

Inova na fase recursal ao argüir o equívoco no enquadramento da aludida infração. Diz que o enquadramento constante do Auto de Infração – art. 42, “g”, XIII-A, da Lei n.º 7.014/96 – não corresponde à verdade dos fatos nem se confunde com a infração de entrega de arquivos magnéticos com a omissão de dados, tratada na alínea “f” daquele mesmo artigo, cujo teor transcreve, razão pela qual não poderia o autuante tratar uma pela outra. Afirma que a auditoria, também por este aspecto, é incorreta e insegura, uma vez que “*a descrição dos fatos não condiz com a realidade, inviabilizando, de plano, o pleno exercício do direito de defesa do autuado*”. Pugna pela decretação de nulidade da autuação, a fim de que outra, escoimada de tais vícios, seja realizada, possibilitando o exercício da ampla defesa por parte do autuado. Invoca o Acórdão JJF n.º 0324-04/04 para ressaltar que “*Naquela oportunidade, a ilustre Relatora Mônica Maria Roters, após realizar minucioso trabalho de diferenciação das infrações previstas nas alíneas “f” e “g” inciso XIII-A do art. 42, concluiu que para a aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas, prevista na alínea “g”, seria necessário: 1. os arquivos magnéticos não terem sido apresentados; 2. apresentados em padrão diferente do previsto na legislação ou, 3. em condições que impossibilitassem a sua leitura*”. Daí porque, em sendo visualizada a existência de omissão de dados, deveria ter sido aplicada a alínea “f” e não a alínea “g”, não podendo ser confundidas ambas as infrações. Requer a decretação de nulidade absoluta do Auto de Infração, à luz do art. 18, IV, “a”, do Decreto n.º 7.629/1999 (RPAF).

Renova o pleito de cancelamento ou redução das multas tipificadas nas infrações 2 e 3, em face do quanto disposto no art. 42, § 7.º, da Lei n.º 7.014/96, transcrevendo a mesma argumentação

constante da peça impugnatória colacionada aos autos. Invoca e transcreve, ainda, o Acórdão 0206-12/05, da lavra do ilustre Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco. Em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em face do quanto disposto no art. 42, § 7.º, da Lei n.º 7.104/96, entende ser razoável uma redução da multa aplicada na infração 2 do Auto de Infração para aquela prevista no inciso XX, “b” daquele mesmo artigo, como forma de realizar uma verdadeira justiça fiscal. Ao final, pugna pelo cancelamento ou redução da multa aplicada na infração 2, ou a adoção, como parâmetro, do valor insculpido no art. 42, XX, “b”, da Lei n.º 7.014/96, previsto para o não atendimento de intimação no curso da fiscalização.

Reitera a alegação de erro na quantificação da multa, constante de sua impugnação jungida aos autos.

Pede a realização de diligência para que venha a ser apurado o real valor da infração 2 e, ao final, a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual enfrenta, de per si, todos os argumentos suscitados pelo recorrente.

Quanto à infração 1, assevera que a Nota Fiscal nº 11109, ao contrário do que alegou o recorrente, constitui-se em documento revestido de todas as formalidades legais, tendo sido emitido por empresa regularmente inscrita no cadastro de contribuintes do seu Estado. Além disso, materializa operação com produtos pertinentes ao ramo de atividade do autuado. Ressalta que, uma vez que tal documento aponta como destinatário o autuado, a presunção de sua efetiva circulação e ingresso no estabelecimento do sujeito passivo se impõe, salvo se elidida por prova em contrário, que, todavia, no presente caso não foi produzida.

Relativamente à infração 2, invoca a mesma conclusão expendida em relação à infração anterior, em face da regularidade das notas fiscais capturadas no CFAMT, a criar presunção não elidida pela defesa. No que tange à arguição de que outra parcela das mercadorias apontadas como omitidas foi registrada na escrita fiscal do contribuinte, bem como de que uma parte de tais mercadorias seria não tributável, a atrair multa menor de 1%, ao invés de 10%, esclarece que o recorrente não logrou êxito em comprovar a sua assertiva, olvidando-se até mesmo em apontar, através de demonstrativos, quais as supostas mercadorias que teriam sido efetivamente registradas, e quais aquelas que estariam submetidas à antecipação tributária ou que corresponderiam a bens destinados ao uso e consumo e ativo fixo do estabelecimento. Outrossim, prossegue, o autuado também não trouxe aos autos os documentos comprobatórios de suas alegações, embora tivesse ao seu alcance a sua demonstração, posto que, acaso existentes os documentos, os mesmos estariam em seu poder. Finaliza afirmando que o recorrente se limitou à pura e simples alegação, desacompanhada de qualquer prova, negligenciando o seu *munus* processual.

No que pertine à infração 3, ressalta, inicialmente, que sendo certo que a multa aplicada ao contribuinte encontra-se devidamente prevista na legislação tributária do Estado da Bahia, e a discussão em torno da constitucionalidade de norma estadual escapa ao âmbito de atuação deste Pretório, resta prejudicada a alegação de confisco esgrimida pelo recorrente.

Quanto à arguição de erro no enquadramento da infração, salienta que os presentes autos não cuidam de hipótese em que se constatou, após o exame dos arquivos magnéticos entregues em sua totalidade, que determinada(s) operação(ões) fora(m) deles omitida(s), mas sim de caso em que o contribuinte não forneceu determinados arquivos (registros 54, 60R e 74) cuja apresentação lhe fora especificamente solicitada mediante intimação. Assevera que a situação delineada nos autos, molda-se, perfeitamente, ao arquétipo da supracitada alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, não havendo, pois, qualquer correção a ser feita quanto à penalidade aplicada.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, assinala que, a despeito do quanto alegado pelo contribuinte, o mesmo não comprova os fatos por ele articulados, visto que não trouxe à defesa nem ao Recurso qualquer relatório, declaração ou documento, a fim de demonstrar que “a empresa responsável pela manutenção do Sistema” que “confessadamente”

teria dado causa à infração, assuma a sua autoria. Esclarece que inexistente prova nos autos de que os arquivos magnéticos não tenham sido ocultados da fiscalização, por conterem dados cuja exibição poderia, por alguma razão, não interessar ao contribuinte, como, por exemplo, na hipótese de evidenciarem o descumprimento de obrigação principal em valor superior ao da multa então aplicada. Afirma que o permissivo constante do dispositivo legal acima referido consiste, como cediço, numa faculdade conferida ao órgão de Julgamento Fiscal, e não uma imposição, tratando-se de alternativa posta à disposição do pretório administrativo, que pode dela fazer uso, mediante um juízo de discricionariedade, sempre que o recomendarem a conveniência e oportunidade e o bom-senso. Ressalta que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória visa não apenas punir o dolo, a fraude, a simulação e o não recolhimento de tributo devido, como também resguardar o próprio cumprimento das obrigações acessórias em si mesmo consideradas que, se estão previstas na legislação, é porque têm alguma utilidade à Pessoa Tributante. Argumenta que a faculdade prevista no § 7.º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, deve ser exercida com muito critério, pois a redução ou dispensa indiscriminada de multas, sempre que observada a inexistência de dolo ou não recolhimento de obrigação principal, poderia descambar na total desmoralização das obrigações acessórias, levando os contribuintes a negligenciar o seu cumprimento, dada a ausência de sanção. Assim, conclui, ainda que demonstrada estivesse a ausência de dolo, caberia a este Egrégio CONSEF, em juízo discricionário, decidir acerca da pleiteada redução ou cancelamento da multa incidente.

Por fim, em apreciação ao último argumento sustentado pelo recorrente, relativamente à infração 3, giza que, ao contrário do quanto alegado, não foi considerada, como base de cálculo da multa aplicada, *“toda a movimentação do estabelecimento”* (fls. 564), sendo computadas, tão-somente, as saídas por este praticadas tal como exsurge do demonstrativo de fls. 54. Assim, salienta que a multa ora escrutinada incidiu, no presente caso, *“apenas sobre o valor referente às operações e prestações realizadas pelo autuado, isso é, sobre as suas saídas (fls. 565)”*, justo como recomendado no Acórdão JJF n.º 0273-04/02, da 4.ª Junta de Julgamento Fiscal, trazido pelo próprio autuante como referência.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 2)

Analisarei, de *per si*, a argumentação alinhavada pelo autuado em sua peça defensiva.

No que pertine à infração 1, entendo que a Nota Fiscal nº 11109, ao contrário do que assevera o recorrente, constitui-se em documento revestido de todas as formalidades legais, tendo sido emitido por empresa regularmente inscrita no cadastro de contribuintes do seu Estado, sem prejuízo do fato de que materializa operação com produtos pertinentes ao ramo de atividade do autuado.

Além disso, o aludido documento indica justamente como destinatário o autuado, bem como a presunção de sua efetiva circulação e ingresso no estabelecimento do sujeito passivo, salvo se elidida por prova em contrário, que, todavia, no presente caso não foi produzida por parte do recorrente.

Quanto à infração 2, deve ser invocada a mesma conclusão constante da apreciação da infração anterior, especialmente em função da regularidade das notas fiscais capturadas no CFAMT, a criar presunção não elidida pela defesa.

De referência à alegação de que outra parcela das mercadorias apontadas como omitidas foi registrada na escrita fiscal do contribuinte, bem como que uma parte de tais mercadorias seria não tributável, a atrair multa menor de 1%, ao invés de 10%, acolho parcialmente a alegação recursal. Isso porque as Notas Fiscais n.ºs 46855, 294932, 294933, 32692, 48993, 54310 e 63003 contemplam mercadorias isentas ou substituídas pelos fornecedores – não tributáveis nas operações subseqüentes, razão pela qual a multa aplicável às referidas operações, à luz da legislação tributária vigente é de 1%, resultando em redução do débito da infração 2 para o montante de R 9.171,62, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo indicado:

Data Ocorrência	Data do Venc.	Base de Cálculo	Multa %	Valor
30/04/2002	09/05/2003	8.185,32	10	818,53
30/06/2003	09/07/2003	5.997,60	10	599,76
30/01/2004	09/02/2004	19.572,89	10	1.957,29
30/01/2004	09/02/2004	1.008,00	1	10,08
28/02/2004	09/03/2004	631,16	10	63,11
31/03/2004	09/04/2004	4.673,34	10	467,33
30/06/2004	09/07/2004	30.240,00	10	3.024,00
31/08/2004	09/09/2004	692,19	10	69,22
30/09/2004	09/10/2004	8.599,98	10	859,99
31/12/2004	09/01/2005	4.682,47	10	468,25
31/12/2004	09/01/2005	2.064,73	1	20,65
31/01/2005	09/02/2005	585,40	1	5,85
31/05/2005	09/06/2005	1.674,81	10	167,48
31/05/2005	09/06/2005	796,80	1	7,97
31/07/2005	09/08/2005	1.085,62	10	108,56
31/08/2005	09/09/2005	435,66	10	43,57
31/08/2005	09/09/2005	906,00	1	9,06
30/11/2005	09/12/2005	846,30	1	8,46
31/12/2005	09/01/2006	4.617,43	10	461,74
Valor Total	9.170,90

Com relação à infração 3, mais especificamente a arguição de confiscatoriedade da multa aplicada, impende salientar que a mesma encontra-se devidamente prevista na legislação tributária do Estado da Bahia, e a discussão em torno da constitucionalidade de norma estadual escapa ao âmbito de atuação deste CONSEF, razão pela qual rejeito o citado pleito.

Quanto à arguição de erro no enquadramento da referida infração, cura ressaltar que os presentes autos não cuidam de hipótese em que se constatou, após o exame dos arquivos magnéticos entregues em sua totalidade, que determinada(s) operação(ões) fora(m) deles omitida(s), mas sim de caso em que o contribuinte não forneceu determinados arquivos (registros 54, 60R e 74), cuja apresentação lhe fora especificamente solicitada mediante intimação. Por tal razão, a situação delineada nos autos, como constante do parecer jurídico inserto nos autos “*molda-se, perfeitamente, ao arquétipo da supracitada alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, não havendo, pois, qualquer correção a ser feita quanto à penalidade aplicada*”.

No que se refere à alegação do autuado de que foi considerada, como base de cálculo da multa aplicada “*toda a movimentação do estabelecimento*”, rasa em fundamentação válida se apresenta a mesma, visto que foram computadas, tão-somente, as saídas por este praticadas, à luz do demonstrativo de fls. 54.

Logo, agiu com acerto a referida Decisão recorrida ao consignar que a multa ora debatida incidiu, no presente caso, “*apenas sobre o valor referente às operações e prestações realizadas pelo autuado, isso é, sobre as suas saídas (fls. 565)*”.

Por fim, passo a enfrentar o pedido de cancelamento ou redução da multa das infrações 2 e 3, sustentado pelo autuado em sua peça defensiva e reiterado em suas razões recursais.

Inicialmente, observo que o presente Auto de Infração, em toda a sua inteireza, exige o montante de R\$320.481,52, sendo apenas R\$542,64 a título de ICMS, cobrado na infração 1, e todo o remanescente aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Pari passu, impende ressaltar que o autuado, em demonstração de sua boa-fé, reconhece o cometimento da infração praticada, buscando imputar a responsabilidade pela sua ocorrência ao responsável pelo seu equipamento magnético.

Inquestionável, portanto, o cometimento da infração por parte do autuado.

Todavia, entendo que assiste razão em parte ao autuado ao pugnar pela redução do valor da multa aplicada no Auto de Infração.

Isso porque o recorrente, desde o início da ação fiscal, entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, sem que tenha o autuante apurado qualquer falta de recolhimento do imposto por parte daquele, exceto a tipificada na infração 1.

Ocorre que, após a realização da fiscalização, foi cobrado, a título de imposto, tão-somente o valor de R\$542,64, minimizando, portanto, o prejuízo ao Fisco Estadual.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, redundaram em cobrança do imposto devido em valor de pequena monta, como informado anteriormente.

Dáí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, conseguiu apurar o efetivo imposto devido, exigindo-o do contribuinte.

O que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito -, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional e absurda, notadamente porque é cediço que o autuado, supermercado que é, comercializa, em grande parte, mercadorias sujeitas à substituição tributária ou sequer sujeitas à tributação.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser irrazoável a multa aplicada, notadamente porque restou comprovado que o autuado forneceu ao Fisco Estadual documentos outros, através dos quais foi possível apurar o imposto principal devido, na desproporcional importância de R\$542,64, atenuando, na prática, o prejuízo ao erário estadual, razão pela qual, invocando no particular os Acórdãos Paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7.º, da Lei nº 7.014/96, aplicando *in casu* a equidade, voto no sentido de acolher parcialmente as razões recursais do autuado para reduzir para 10%, ou seja, R\$31.938,02, o valor das multas acessórias, tomando-se como base de cálculo o novo valor indicado quando da análise da infração 2 (R\$9.170,90) e o valor indicado no Auto de Infração, quanto à infração 3 (R\$310.209,36).

Destarte, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, mantendo a infração 1 em toda a sua inteireza e reduzindo a multa aplicada para as infrações 2 e 3 para o montante de R\$31.938,02.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2) e DISCORDANTE (Quanto à infração 3)

Acompanho o voto do ilustre relator no que tange à infração 1, porém, respeitosamente, divirjo em parte do seu posicionamento em relação às infrações 2 e 3.

Quanto à infração 2, adiro ao entendimento do ilustre relator quando ele afirma que a acusação está caracterizada e que, em relação às mercadorias não tributáveis, a multa de 10% deve ser retificada para 1%. Essa correção foi acertada, pois está fundamentada na necessidade de se adequar a multa indicada na autuação (10%) às mercadorias não tributáveis, cuja pena prevista na legislação é de 1%. Contudo, discordo do seu posicionamento quando, com base no disposto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, propugna pela redução da multa cobrada nessa infração.

Relativamente à infração 3, foi acertada a decisão do relator no que tange a considerar a acusação caracterizada, todavia não acompanho o seu posicionamento quanto à redução da multa.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 faculta a este colegiado reduzir 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 das infrações 2 e 3, observo que nos autos não estão caracterizadas as condições necessárias para que se aplique a redução da multa. Uma vez que não restou comprovada a presença das condições previstas para a redução da multa, o benefício não é cabível.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para, nas operações apontadas pelo relator, retificar a multa indicada na infração 2, mantendo inalteradas as demais decisões de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação à infração 1 e, em decisão não unânime quanto às infrações 2 e 3, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0005/07-6, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA. (SUPERMARKET)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$542,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$40.191,83**, previstas nos incisos IX, XI e XIII-A, “g”, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 2) - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho (P. Provido), Márcio Medeiros Bastos (P. Provido) e Fauze Midlej (Provido).

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 3) - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à Infração 3) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira (N. Provido) e Fauze Midlej (Provido).

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 2)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2) DISCORDANTE (Quanto à Infração 3)

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS