

**PROCESSO** - A. I. Nº 206956.0011/07-3  
**RECORRENTE** - TUTTI DUE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (SPADACCINO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0275-01/07  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 07/11/2008

### RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0311-12/07, de 15 de outubro de 2008, com base no art. 164, § 3º do RPAF/BA, para fim de correção de erro material constante no Demonstrativo de Débito da infração 2, conforme solicitação do representante legal do contribuinte através do Processo nº 272489/2008-1.

### 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO CJF Nº 0311-12/08-A

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Redução, de ofício, do percentual da penalidade, considerando as disposições da Lei nº 10.847/07, que estabelece multa menos gravosa, no percentual de 2%, aplicada retroativamente, nos termos do art. 106, inc II, letra “c”, do CTN. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a alegação de nulidade da infração 1. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime quanto à infração 1. Decisão por maioria em relação à infração 2.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de 1ª instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$14.272,46, mais multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.836,76, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito ou de débito, nos meses de janeiro a março, junho, agosto, setembro e dezembro de 2006, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$14.272,46, acrescido da multa de 70%. Consta que foi elaborada planilha comparativa de pagamentos por meio de cartão de crédito/débito, na qual foram lançados os dados referentes às fitas de redução Z e às notas fiscais, sendo entregue cópias ao contribuinte, mediante recibo, bem como as informações da movimentação diária, repassadas pelas administradoras de cartão;
2. emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que estava obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, sendo aplicada a multa de 5% sobre o valor das operações, que resultou no valor de R\$26.836,76. É informado que não consta no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências razão para o ocorrido, bem como não foi identificado no INC/SEFAZ – Sistema de Informações do Contribuinte atestado de intervenção nas datas relativas à autuação, conforme cópias anexadas aos autos.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 265/266 e a Junta de Julgamento, em deliberação unânime, declarou a procedência do lançamento fiscal, conforme a seguir transcrito.

*Na presente ação fiscal foi exigido ICMS por omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento de vendas com pagamentos realizados através de cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras dos referidos cartões e por instituições financeiras, bem como foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal.*

*Constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 18, inciso IV, alínea “a” e 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, tendo sido descritas com clareza as infrações, que estão fundamentadas nos demonstrativos que foram elaborados com base na documentação fiscal e nas informações coletadas da leitura do equipamento emissor de cupom fiscal do sujeito passivo, bem como nos dados fornecidos pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Constato, por outro lado, que na defesa não foi oferecida nenhuma prova de existência de qualquer equívoco ou falha técnica no lançamento efetuado pelo autuante, que caracterizou as infrações de forma detalhada.*

*No mérito, verifico que na infração 01 o autuante atribui ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, tendo em vista que foi constatado que em uma parcela das vendas realizadas para não contribuintes do ICMS o autuado emitia notas fiscais.*

*Assim, considerando o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo.*

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*... ”*

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem*

*como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

*Nos termos dos artigos 824-B, caput, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF.*

*O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, conforme transcrito abaixo:*

*“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:*

*I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;*

*II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.*

*§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexada à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.*

*§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.*

*§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.*

*§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.*

*§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.”*

*Conforme se conclui da leitura desses dispositivos, no caso de emissão de nota fiscal de venda a consumidor ou nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número sequencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Saliento que esse procedimento não representa uma faculdade dada*

*ao contribuinte, mas uma imposição, valendo dizer que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida a determinação regulamentar acima referida, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado quanto ao erário estadual, para evitar qualquer risco ou prejuízo.*

*Não resta nenhuma dúvida de que, caso o contribuinte tivesse observado as disposições regulamentares acima referenciadas, elidiria a acusação fiscal com a comprovação através da 1ª via do cupom fiscal anexada à via fixa da nota fiscal correspondente.*

*Observo que o sujeito passivo, considerando o fato de estar enquadrado no regime SIMBAHIA – empresa de pequeno porte, se insurgiu contra a utilização da alíquota de 17%, da maneira como efetuada pelo autuante. Ressalto não lhe assistir razão, pois a apuração do imposto foi feita de forma correta, tendo sido seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme transcrições abaixo:*

*“Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”*

...

*“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

...

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.”*

...

*“Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”*

*Assim, considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente. Deste modo, mantenho integralmente a infração 01.*

*No tocante a infração 02, a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, já mencionados. Pela análise desses dispositivos regulamentares, constato que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Observo, entretanto, que não foi esse o motivo que levou o contribuinte a emitir notas fiscais em substituição aos cupons, tendo em vista que não há prova nos autos nesse sentido.*

*Conforme explicitado acima, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.*

*Por sua vez, o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº. 7.014/96 estabelece multa específica de 5% do valor da operação ou prestação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso desse equipamento nas situações em que está obrigado.*

*Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF, todavia não trouxe provas de que o procedimento adotado estava de acordo com a disposição regulamentar. Assim, entendo que a infração 02 está devidamente caracterizada.*

*Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.*

Na peça recursal, o contribuinte, através de seu advogado, inicialmente argüiu a preliminar de nulidade da infração 1, por enquadramento legal incompatível com a descrição fática. Argumentou que o preposto fiscal indicou o art. 50, inc. I, do RICMS/Ba, que prevê a alíquota de 17% para as operações internas. Entretanto, o recorrente era empresa enquadrada no regime simplificado do ICMS-SimBahia, sendo inequívoca a impertinência e a inaplicabilidade, ao caso, do art. 50, I, do RICMS. Entende que a ausência de menção, no documento de exigência fiscal, das razões que dariam respaldo à aplicação da alíquota normal e não daquelas previstas na legislação do SimBahia, revela a nulidade da infração 1. Em seguida, argüiu a insubsistência da mesma infração, ante a ausência de omissão de saídas de mercadorias tributadas, visto que o total das vendas informadas através da DME, no exercício de 2006, são em valor superior ao montante fornecido pelas administradoras de cartão de crédito. Destacou que o valor total fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito perfaz a quantia de R\$656.211,30, enquanto o valor total informado através da DME, no exercício de 2006, totalizou R\$703.407,81, havendo, portanto, diferença positiva, no montante de R\$47.196,51. Disse que este último valor é o que deve ser tomado como referência, visto que é através da DME que o contribuinte efetua o lançamento do crédito tributário do ICMS sujeito ao regime do SimBahia. Ademais, ressaltou que os valores lançados na DME são significativamente superiores às quantias consignadas nos cupons e notas fiscais do exercício de 2006, podendo, até se caracterizar descumprimento de obrigação acessória pela não emissão de documentos fiscais, restando, portanto, demonstrada a absoluta ausência de omissão de saídas de mercadorias.

Quanto à infração 2, correspondente à acusação de emissão de outro documento fiscal em substituição àquele decorrente de uso de equipamento emissor de cupom fiscal, disse o recorrente que as saídas de mercadorias acobertadas com notas fiscais foram regularmente informadas ao fisco, através da DME, revelando que o descumprimento da obrigação acessória não foi praticado com dolo, fraude ou simulação. Dessa forma, entende que restou demonstrada a ausência de intenção de fraudar o fisco, mostrando-se, por conseguinte, aplicável a norma veiculada no art. 158 do RPAF.

Ao concluir o apelo empresarial, o contribuinte pediu a reforma da Decisão de 1º grau, reiterando os pedidos formulados, ou seja: a decretação da nulidade do item 1 do Auto de Infração e alternativamente a improcedência da imputação fiscal, e, quanto ao item 2, o cancelamento da multa, nos termos do art. 158 do RPAF.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), no Parecer acostado às fls. 313/319, relativamente ao infração 01 afasta a nulidade suscitada por suposta inadequação do enquadramento legal, primeiramente em razão da descrição do fato no Auto de Infração ficar evidente qual a acusação fiscal, invocando a aplicação do art. 19 do RPAF. Com segunda argumentação para afastar o vício apontado pelo recorrente, discorre que o enquadramento da infração no art. 50, I, do RICMS, está

correta, visto que o autuado cometeu infração grave, definida nestes termos pela legislação do SIMBAHIA (art. 408-P, do RICMS), sujeitando-se, em decorrência, ao pagamento do imposto pelo regime normal de tributação do ICMS. No que respeita ao argumento de que os valores informados na DME são superiores ao informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, aduziu que esse argumento cai por terra em face da própria declaração do contribuinte de que os valores informados são inferiores ao somatório de todos os cupons e notas fiscais emitidas no período objeto da ação fiscal. Considerando que o recorrente é usuário obrigatório do ECF, deveria este, segundo a parecerista da PGE/PROFIS, trazer elementos probatórios, para desconstituir a presunção, juntando, por exemplo, a 1ª via do cupom fiscal à via correspondente da nota fiscal emitida, de modo a demonstrar que não houve a falta de pagamento de tributo. Não sendo provado nenhum equívoco do levantamento fiscal, entedeu subsistente a infração 1.

Quanto à infração 2, afirmou que a obrigação de emitir cupons fiscais se encontra prevista na legislação e que a emissão de notas fiscais em substituição ao cupom só é permitida em casos de sinistro ou defeito do equipamento. Como não foram estas as razões que levaram o recorrente a emitir as notas fiscais, opinou pela manutenção da penalidade aplicada, sem a redução de valor, visto que a conduta do contribuinte, em não emitir os cupons fiscais, implicou em falta de recolhimento de tributo, não havendo possibilidade de aplicação do art. 158 do RPAF. Ao finalizar, opinou pelo Não Provimento do Recurso empresarial.

Posteriormente, o contribuinte ingressou com petição, anexada às fls. 325 a 340 dos autos, juntando os comprovantes de recolhimento do ICMS relativamente a todos os meses do exercício de 2006, com o objetivo de evidenciar a ausência de omissão de vendas, além de reiterar o pedido de reforma da Decisão de 1ª Instância.

## VOTO

De início cabe apreciar a nulidade do item 1 da autuação, que compreende a acusação de falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito ou de débito. O vício apontado pelo recorrente, quanto ao enquadramento da infração no art. 50, I, do RICMS, não pode ser acolhido visto que o autuado cometeu infração de natureza grave, assim definida na legislação do Simbahia (art. 408-P, do RICMS, que tem por fundamento o art. 19 da Lei nº 7.357/98, com o seguinte comando: *“Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos”*). No caso vertente, a infração imputada no item 1 é enquadrada pela normal legal entre aquelas que submetem o contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS ao recolhimento do tributo pelo regime normal, via sistema de débitos e créditos. Assim, em decorrência dos dispositivos legais e regulamentares mencionados, submete-se o contribuinte ao pagamento do imposto pelo regime normal de tributação, não havendo a ilegalidade apontada na peça recursal.

No que respeita ao argumento de que os valores informados na DME de 2006 são superiores ao informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, essa alegação não pode prosperar. A comparação feita pelo fisco envolve os valores acumulados na memória do equipamento de emissor fiscal com o montante das operações informadas pelas instituições financeiras. A totalidade das vendas abarca pagamentos realizados através de outras modalidades, a exemplo de dinheiro, cheques etc. Se ao efetuar venda paga através de cartão de crédito ou débito, o contribuinte deixou de emitir cupom fiscal, emitindo em substituição nota fiscal, caberia a este trazer ao processo elementos probatórios que vinculassem a operação comercial com os valores informados pelas operadoras de cartão. Visando possibilitar o exercício do seu direito de defesa foram-lhe entregues as informações diárias (TEF diários) das operações realizadas com

pagamento através de cartão (doc. fls. 47 a 221). Considerando que o recorrente é usuário obrigatório do ECF, deveria este produzir a prova que elidisse a infração, por seu ônus seu, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Não sendo provado nenhum equívoco do levantamento fiscal subsistente a infração 1.

Quanto à infração 2, referente à multa pela emissão indevida de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal, da mesma forma, mantenho a Decisão da JJF, considerando que a conduta do sujeito passivo se encontra tipificada na Lei nº 7.014/96 – art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, que tutela o interesse do Estado de melhor controlar as operações comerciais do contribuinte através dos equipamentos de controle fiscal - ECF, que registram eletronicamente em suas memórias fiscais o montante das vendas e a totalidade dos produtos comercializados. A emissão de nota fiscal, que envolve sistema manual de controle, acarreta dificuldades para a apuração da totalidade das operações no comércio varejista, devendo ser utilizado subsidiariamente, quanto solicitado pelo consumidor ou nos casos de impossibilidade de uso ECF, por defeito, falta de energia elétrica ou qualquer outra impossibilidade técnica. Como não restaram demonstrados na defesa e no Recurso os motivos que levaram o contribuinte a emitir nota fiscal em substituição ao cupom fiscal, deve ser mantida a multa.

Todavia, impõe-se na situação em exame, a redução de ofício da penalidade, considerando as disposições da Lei nº 10.847/07, de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007, que alterou o dispositivo da Lei nº 7.014/96, reduzindo o percentual da penalidade de 5% para 2%, que por ser mais benéfica, deve ser aplicada retroativamente, nos termos do art. 106, inc II, letra “c”, do CTN. Em consequência a infração é parcialmente subsistente, sendo reduzida de R\$26.836,76 (multa de 5%) para R\$10.734,73 (multa de 2%).

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 2				
D. Ocorrência	D. Vencimento	B. de Cálculo	Multa de 5%	Multa de 2%
30/04/2006	09/05/2006	54.090,21	2.704,51	1.081,80
31/05/2006	09/06/2006	54.591,05	2.729,55	1.091,82
30/06/2006	09/07/2006	39.455,05	1.972,75	789,10
31/07/2006	09/08/2006	49.735,53	2.486,77	994,71
31/10/2006	09/11/2006	53.700,78	2.685,03	1.074,02
30/11/2006	09/12/2006	48.755,80	2.437,79	975,12
31/12/2006	09/01/2007	53.282,42	2.664,12	1.065,65
31/01/2006	09/02/2006	38.255,35	1.912,76	765,11
28/02/2006	09/03/2006	62.967,17	3.148,35	1.259,34
31/03/2006	09/04/2006	31.699,08	1.584,95	633,98
31/08/2006	09/09/2006	31.630,07	1.581,50	632,60
30/09/2006	09/10/2006	18.573,79	928,68	371,48
TOTAL		536.736,30	26.836,76	10.734,73

Assim, considerando o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reduzindo, todavia, de ofício, a penalidade aplicada no item 2 do Auto de Infração, conforme fundamentos acima apresentados.

#### VOTO DIVERGENTE (Vencido quanto à Infração 2)

Cinge-se a minha divergência, única e exclusivamente, ao entendimento manifestado pelo ilustre relator do presente PAF no que se refere à análise e apreciação da infração 2, posto que comungo com a fundamentação e decisão pelo mesmo externada em relação à infração 1.

Isso porque, da análise dos elementos que norteiam o presente caso, entendo que a multa inicialmente aplicada no Auto de Infração merece ser reduzida, vez que presentes os requisitos insculpidos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158, do RPAF. Senão, veja-se.

O recorrente não deixou de entregar ao autuante qualquer livro ou documento fiscal da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, tendo o autuante, inclusive, logrado apurar a falta de recolhimento do imposto por parte daquele, objeto da infração 1.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o Fisco Estadual conseguiu apurar o imposto a ser exigido, como informado anteriormente.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao aludido ente público que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, logrou alcançar o imposto devido.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos - e que se assemelham ao presente - que 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.

Restou comprovado pelo contribuinte, por outro lado, que todas as operações de saída, com exceção daquelas já cobradas na infração 1, foram oferecidas à tributação, através da emissão das Notas Fiscais de série D-1 e devidamente recolhidas, o que denota o exagero da pena *in casu*.

Assim, em face das razões supra expendidas, 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.

Outrossim, sem prejuízo do quanto acima exposto, comungo com o insigne relator no sentido de que deve ser aplicada retroativamente, em favor do contribuinte, por força imperiosa da novel legislação, o percentual de 2% em substituição ao inicialmente exigido.

*Ex positis*, 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, 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, após a aplicação da retroatividade benigna inserta na legislação, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 10%, ou seja, R\$1.073,47, o valor da Infração 2.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto ao item 1 e, em decisão por maioria em relação ao item 2, com voto qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206956.0011/07-3**, lavrado contra **TUTTI DUE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (SPADACCINO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.272,46**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, bem como da multa, reduzida de ofício, decorrente de descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.734,73**, prevista no inciso XIII-A, alínea “h”, do mesmo artigo e lei, combinado com o art. 106, II, “c” do CTN, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2)– Conselheiros (as): Tolstoi Seara Nolasco, Mônica Maria Roters e Álvaro Barreto Vieira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 2) - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE  
(Quanto à Infração 2)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS