

**A. I. N°** - 232889.0020/08-6  
**AUTUADO** - OTICA DINIZ LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA/ SUELI SANTOS BARRETO/LUZINETE MARIA DA SILVA/EDISON LEMOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 10.12.09

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0351-05/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que as intimações foram realizadas nos termos do parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Infração caracterizada. 2. LIVROS E DOCUMENTO FISCAIS. MULTAS. a) EXTRAVIO. b) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2009, exige multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$11.118,84, em razão das seguintes irregularidades:

1. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa de 5%, no valor de R\$ 9.738,84.
2. Extraviou o livro fiscal. Multa fixa de R\$ 920,00.
3. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Multa fixa no valor de R\$ 460,00.

O autuado, através de seu procurador, ingressa com defesa, fls. 92 a 100, com base nos seguintes argumentos:

Quanto à infração 1, afirma que a aplicação da multa limitada a 1% do valor das operações de saídas, em virtude de divergências apuradas nos arquivos magnéticos resulta em quantia excessivamente elevada e desproporcional e que dificultará a manutenção da perpetuidade dos seus negócios.

Alega que a autuação restringe-se à exigência de multa por suposto descumprimento de obrigação acessória, não havendo qualquer cobrança de débito decorrente de obrigação principal.

Afirma que nesse caso tem plena aplicabilidade o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que a infração 1 não foi praticada de forma dolosa e não implicou falta de recolhimento do tributo, até mesmo porque, durante a maior parte do período fiscalizado, os produtos comercializados pelo autuado estavam sujeitos ao regime da substituição tributária.

Tendo em vista que o eventual descumprimento da obrigação acessória não causou prejuízo econômico ao Erário Estadual e que decorreu de uma falha não intencional, requer seja aplicado o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a fim de que seja cancelada ou, ao menos, reduzida a multa aplicada. Nesse sentido, transcreve as ementas do Acórdão CJF nº 0542-12/06, do Acórdão CJF nº 0206-12/05 e JJF nº 0186-01/02.

Quanto à infração 3, afirma que o autuante descumpriu o primado da segurança jurídica, cerceando, conseqüentemente, o direito à ampla defesa, na medida em que, ao lançar a multa por

descumprimento de obrigação acessória não foi indicado quais livros fiscais deixou de apresentar.

Alega que o auto de infração é omissivo, pois deveria explicitar, com precisão e certeza, o fato tipificado como descumprimento de obrigação acessória, a fim de permitir apresentar sua defesa contra uma imputação precisamente estabelecida.

Em vista da insegurança jurídica gerada pelo Auto de Infração em lide, requer a declaração de nulidade absoluta da infração 3.

Na infração 2, pleiteia a aplicação do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que o suposto descumprimento de obrigação acessória não foi praticado de forma dolosa e não implicou falta de recolhimento do tributo, até mesmo porque durante a maior parte do período fiscalizado, os produtos comercializados estavam sujeitos ao regime da substituição tributária.

Tendo em vista que o eventual descumprimento da obrigação acessória não causou prejuízo econômico ao erário e que decorreu de uma falha não intencional, requer seja aplicado o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a fim de que seja cancelada ou, ao menos, reduzida a multa aplicada.

Requer o julgamento parcialmente procedente do auto de infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 104 a 114, nos seguintes termos:

Quanto à infração 1, entendem que não pode prosperar a alegação do autuado, quando diz que o valor da multa aplicada foi excessivo, desproporcional e que afetará a sua continuidade.

Afirmam que basta uma simples leitura do texto da infração 1 para verificar que o valor da multa corresponde a, apenas 1% do faturamento do autuado, ou seja, um valor insignificante quando comparado ao faturamento do período de R\$ 973.884,68, conforme DMA's consolidadas em 2007 e 2008, nos valores de R\$ 474.486,57 e R\$ 499.398,11.

Aduzem que se o contribuinte entende que os valores dessa monta podem afetar a sua continuidade, deveria ser mais zeloso no cumprimento de suas obrigações tributárias a fim de evitar autuações dessa natureza.

Afirmam que esse argumento somente seria admitido se as divergências e omissões, constantes nos arquivos magnéticos, tivessem ocorrido eventualmente, em um ou outro período fiscalizado, o que não ocorreu.

Salientam que os julgadores poderão observar que, de acordo com os demonstrativos de análises dos arquivos magnéticos, anexos a este PAF às fls. 21/23, as inconsistências, divergências e omissões das informações ocorreram em todos os meses do período fiscalizado em que a impugnante estava obrigada a apresentar as informações de suas operações de compra e venda.

Ressaltam que de acordo com o Termo de Intimação entregue ao contribuinte, em 23/04/2009, anexo ao PAF às fls. 7/8, constam as seguintes irregularidades:

- Os arquivos magnéticos dos meses de janeiro a dezembro/07 e janeiro a dezembro/08 foram apresentados sem o Registro 74 (inventário);
- Os arquivos magnéticos dos períodos de 01/01/2007 a 31/12/2008 foram apresentados sem os seguintes registros: R 60R, e 60M de Maio e Junho/2007;
- Não foram apresentados os Registros 50 das entradas nos meses de Julho e Outubro/2007 e dos meses de Janeiro, Fevereiro, março, Junho e Outubro/2008 e os Registros 60ª das saídas dos meses de Maio e Junho/2007;
- DMA com valores zerados nas entradas nos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Junho, Outubro e Dezembro/2008.
- Notas Fiscais com valores totais divergentes entre REGISTRO 50 x REGISTRO 54 nos exercícios de 2007 e 2008;
- Notas Fiscais sem itens no Registro 54 (exclusos CFOP de energia e comunicação) nos exercícios de 2007 e 2008;

- Inconsistências nos valores do arquivo nos Registros 50 e 70 – entradas e Registro 60A e 61 – saídas em relação às DMA's apresentadas nos exercícios de 2007 e 2008;
- Inconsistências nos valores do arquivo Registro 54, Reg50 – Comunicação, Reg50 – energia – entradas e nos Registro 54 e 60R – saídas em relação aos valores declarados nas DMA's, exercícios de 2007 e 2008.

Afirmam que diante de tantas omissões, divergências e inconsistências apuradas e demonstradas pela fiscalização e não contestadas pela impugnante, fica claro e evidente que as informações prestadas nos arquivos magnéticos não refletem a totalidade e realidade das operações mercantis do autuado, fato este que, prejudicou e impossibilitou a fiscalização das mesmas.

Informam que em 15/05/2009, o contribuinte protocolou processo, através do SIPRO nº 074265/2009-4, de pedido de prorrogação para atendimento da Intimação, anexo a este PAF às fls. 30/31, alegando que seria necessário retificar todos os arquivos magnéticos enviados mensalmente face as divergências e inconsistências detectadas pelo auditor fiscal.

No mesmo dia, o contribuinte protocolou outro processo, através do SIPRO nº 074284/2009-2, de pedido de prorrogação para atendimento da Intimação referente a entrega de Documentos fiscais, anexo a este PAF às fls. 32/33.

Os fiscais concordaram com a prorrogação de prazo para entrega dos documentos fiscais (notas fiscais de entrada e saída) e arquivos magnéticos com a movimentação das operações mercantis do contribuinte no período sob fiscalização. Durante esse período mantiveram vários contatos telefônicos com os responsáveis pela escrituração contábil e foram informados que os trabalhos de retificação dos arquivos magnéticos estavam em andamento e que o prazo para entrega dos mesmos seria cumprido. No entanto, em 19/06/2009, o contribuinte protocolou uma correspondência endereçada ao Inspetor Fazendário da INFAZ Varejo/DAT Metro, anexo às fls. 34 deste PAF, informando que não foi possível a entrega na totalidade, dos documentos solicitados pela referida repartição nas Intimações datadas em 23/04/2009 e 15/05/2009, não tendo condições de apresentar no prazo determinado o livro Registro de Inventário e o arquivo magnético – SINTEGRA.

Assim, o procedimento adotado pelo impugnante revela, de forma cabal e inequívoca, a intenção meramente protelatória de causar embaraço à fiscalização, uma vez que, após quase 60 dias da primeira intimação, o contribuinte informa que não foi possível efetuar a retificação de nenhum dos arquivos magnéticos.

Entendem que esta atitude causou total prejuízo à ação fiscal, posto que, impossibilitou a verificação das operações mercantis, pela falta de regularização dos arquivos magnéticos, pela falta de entrega dos Livros de Inventário dos exercícios de 2007 e 2008 e pela falta de entrega, em tempo hábil, das Notas Fiscais de Entrada e Saída de mercadorias de todo o período fiscalizado.

Diante deste cenário de falta de apresentação e regularização dos documentos e livros fiscais, a fiscalização ficou impedida de lançar mão de métodos alternativos para verificação e apuração de impostos pagos e/ou devidos pelo contribuinte, haja vista que nenhum roteiro de fiscalização pode ser executado, devido à falta de apresentação dos documentos, livros e registros fiscais, não restando outra alternativa aos fiscais, senão a lavratura do auto de infração com a aplicação da penalidade cabível no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i", da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07.

Ressaltam que as decisões da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e 1ª Junta de Julgamento Fiscal colacionadas pelo impugnante, não guardam similaridade com a questão ora guerreada, portanto devem ser desconsideradas pelos nobres julgadores.

Alegam ser evidente que a atitude procrastinatória da impugnante, culminada com a sua declaração de impossibilidade de retificação dos arquivos magnéticos, com a falta de entrega dos livros de Inventário dos exercícios de 2007 e 2008 e com a retenção das notas fiscais de entrada e saída, causou embaraços e inviabilizou totalmente a verificação das operações mercantis no

período fiscalizado, notadamente no que diz respeito a apuração de impostos devidos ao Erário Estadual.

Quanto à infração 2, afirmam que o contribuinte protocolou, após o início da ação fiscal, Processo nº 074318/2009-5, fls.27/ 28, informando o extravio dos Livros de Inventário referente aos exercícios de 2004 a 2006, em desacordo com as normas contidas no art. 146 do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97. Fica claro que o contribuinte descumpriu a norma regulamentar, quer pela falta de comunicação nos prazos determinados, quer pela falta de escrituração de novo livro de Inventário, e que esse procedimento trouxe graves prejuízos à fiscalização, posto que inviabilizou a elaboração do roteiro de levantamento quantitativo de estoques do período, já que não foi informado as quantidades iniciais e finais, em estoque, das mercadorias comercializadas nos exercícios sob fiscalização.

Portanto, independente da intenção do impugnante, o prejuízo ao Erário Estadual ocorreu, na medida em que os prepostos fiscais ficaram impedidos de apurar o imposto efetivamente devido pelo contribuinte.

Quanto à infração 3, esclarecem que o livro fiscal a que se refere a infração 3 é o livro Registro de Inventário dos exercícios de 2007 e 2008.

Causam-lhe espanto a alegação do impugnante de que houve cerceamento do direito à ampla defesa por parte dos autuantes, pois durante todo o período de fiscalização mantiveram com o contribuinte um tratamento cordial, de franco diálogo e altamente profissional, sendo que o mesmo teve acesso a todas as informações contidas no auto de infração, mesmo antes da sua lavratura.

Alegam que o fato de não constar o nome do livro que deixou de ser apresentado pelo contribuinte não caracteriza nenhum tipo de obstáculo à ampla defesa do autuado, posto que o próprio protocolou, em 19/06/2009, uma correspondência endereçada ao Inspetor Fazendário da INFAZ Varejo/DAT Metro, anexo às fls. 34 deste PAF, informando que não foi possível a entrega na totalidade, dos documentos solicitados pela referida repartição nas Intimações datadas em 23/04/2009 e 15/05/2009. Anteriormente, em 15/05/2009, o contribuinte protocolou processo, através do SIPRO nº 074284/2009-2, de pedido de prorrogação para atendimento da Intimação.

Assim, restou evidente que o impugnante tinha pleno e total conhecimento do livro fiscal que havia deixado de apresentar aos fiscais, sendo, portanto, totalmente descabidas as suas alegações, assim como infundadas as acusações que faz aos autuantes.

Mantêm a ação fiscal, requerendo a procedência total do auto de infração.

## VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade arguida, quanto à infração 2, tendo em vista que não houve cerceamento de defesa pois o contribuinte desde o início da ação fiscal estava ciente de qual livro foi extraviado, inclusive prestando declaração a esse respeito. Ademais, no corpo do Auto de Infração, relativa à descrição da infração, consta a referência ao livro fiscal.

Quanto ao pedido de redução das multas aplicadas, entendo que não pode ser atendido, haja vista a impossibilidade de aplicação de outros roteiros de fiscalização, e por tratar-se de empresa reincidente na falta de entrega de livros e documentos fiscais, pois outros estabelecimentos já foram autuados, na mesma matéria, a exemplo do Auto de Infração nº 170623003609-0, julgado recentemente por esta Junta de Julgamento Fiscal.

No mérito, consta na infração 1 a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência de fornecimento de informações por meio de arquivos magnéticos, com omissão de operações, com o valor da multa limitado a 1% do total das operações de saídas realizadas no estabelecimento no período fiscalizado, calculando-se a mesma sobre o valor das operações omitidas.

Esta exigência encontra amparo nas Cláusulas 27 e 28 do Convênio ICMS 57/95, e no art. 42, XIII-A, "i" da Lei nº 7.014/96, que estabelece a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e

saídas de mercadorias, bem com das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Consta nos autos a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, decorrente das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, fato que resguardou o contribuinte de qualquer medida fiscal que não lhe tivesse sido cientificado e dado-lhe a oportunidade de efetuar as devidas correções, o que preserva o contraditório da relação processual tributária, e obedece aos ditames do art. 708-B, § 3º do RICMS/97.

Verifico que no Termo de Intimação entregue ao contribuinte em 23/04/2009, anexo ao PAF às fls. 7/8, constam as seguintes irregularidades:

- Os arquivos magnéticos dos meses de janeiro a dezembro/07 e janeiro a dezembro/08 foram apresentados sem o Registro 74 (inventário);
- Os arquivos magnéticos dos períodos de 01/01/2007 a 31/12/2008 foram apresentados sem os seguintes registros: R 60R, e 60M de Maio e Junho/2007;
- Não foram apresentados os Registros 50 das entradas nos meses de Julho e Outubro/2007 e dos meses de Janeiro, Fevereiro, março, Junho e Outubro/2008 e os Registros 60ª das saídas dos meses de Maio e Junho/2007;
- DMA com valores zerados nas entradas nos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Junho, Outubro e Dezembro/2008.
- Notas Fiscais com valores totais divergentes entre REGISTRO 50 x REGISTRO 54 nos exercícios de 2007 e 2008;
- Notas Fiscais sem itens no Registro 54 (exclusos CFOP de energia e comunicação) nos exercícios de 2007 e 2008;
- Inconsistências nos valores do arquivo nos Registros 50 e 70 – entradas e Registro 60A e 61 – saídas em relação às DMA's apresentadas nos exercícios de 2007 e 2008;
- Inconsistências nos valores do arquivo Registro 54, Reg50 – Comunicação, Reg50 – energia – entradas e nos Registro 54 e 60R – saídas em relação aos valores declarados nas DMA's, exercícios de 2007 e 2008.

Após várias tentativas de correção das inconsistências, com o pedido de prorrogação de prazo efetuado pelo contribuinte, este por último manifestou-se no sentido de que não havia possibilidade de entregar os arquivos devidamente corrigidos, consoante correspondência de 19/06/2009, endereçada ao Inspetor Fazendário da INFAZ Varejo/DAT Metro, anexo às fls. 34 deste PAF, informando que não foi possível a entrega na totalidade, dos documentos solicitados pela referida repartição nas Intimações datadas em 23/04/2009 e 15/05/2009, não tendo condições de apresentar no prazo determinado o livro Registro de Inventário e o arquivo magnético – SINTEGRA.

Diante das informações prestadas pela empresa, coaduno com a manifestação do autuante no sentido de que diante deste cenário de falta de apresentação e regularização dos documentos e livros fiscais, a fiscalização ficou impedida de lançar mão de métodos alternativos para verificação e apuração de impostos pagos e/ou devidos pelo contribuinte, haja vista que nenhum roteiro de fiscalização pode ser executado, devido à falta de apresentação dos documentos, livros e registros fiscais, não restando outra alternativa aos fiscais, senão a lavratura do auto de infração com a aplicação da penalidade cabível no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i", da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07.

Quanto à afirmação do sujeito passivo, de que negocia preponderantemente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, este fato não invalida a aplicação da penalidade

decorrente da falta de entrega de arquivos magnéticos, haja vista que a fiscalização, além disso não recebeu os demais livros e documentos fiscais, que possibilitariam a aplicação dos principais roteiros de fiscalização, para verificar a regularidade das operações mercantis. Ademais, o fato de existir mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não afasta a verificação dos estoques e outros roteiros de fiscalização.

Na infração 2, está sendo exigida a multa face ao extravio de livro fiscal.

Ocorre que o contribuinte protocolou, após o início da ação fiscal, Processo nº 074318/2009-5, fls.27/ 28, informação sobre o extravio dos Livros de Inventário referente aos exercícios de 2004 a 2006.

Contudo, houve a falta de comunicação dos extravios, nos prazos determinados, e da falta de escrituração de novo livro de inventário, sendo que estas omissões acarretaram prejuízos à fiscalização, posto que inviabilizou a elaboração do roteiro de levantamento quantitativo de estoques do período, já que não foi informado as quantidades iniciais e finais, em estoque, das mercadorias comercializadas nos exercícios sob fiscalização.

Portanto, independente da intenção do impugnante, o prejuízo ao Erário Estadual ocorreu, na medida em que os prepostos fiscais ficaram impedidos de apurar o imposto efetivamente devido pelo contribuinte. Deste modo, entendo que não cabe a redução da multa aplicada, ao apelo do estatuido no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Infração mantida, com a aplicação da multa tipificada no art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), por livro extraviado, inutilizado ou mantido fora do estabelecimento em local não autorizado.

Na infração 3 a acusação versa sobre a falta de apresentação de livro fiscal, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa fixa no valor de R\$ 460,00.

Na fl. 33, consta ofício da empresa referente à falta de entrega dos documentos fiscais para atendimento a intimação do auditor fiscal, na qual a empresa reitera que não pode apresentar os Livros de Inventário dos exercícios de 2007 e de 2008, uma vez que necessita retificar os registros contemplados no arquivo SINTEGRA desses exercícios e para isso precisa estar em posse de tais documentos.

Infração mantida, com a aplicação da multa tipificada no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal.

Auto de Infração PROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232889.0020/08-6, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$11.118,84**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “i”, XIV, XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02 e pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR