

**PROCESSO** - A. I. Nº 206881.0006/09-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SHERWIN - WILLIAMS DO BRASIL  
INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDOS** - SHERWIN - WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e  
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0021-02/11  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 08/08/2012

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0219-11/12

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, o lançamento foi efetuado com base na diferença das quantidades de saídas de mercadorias, maior que a das entradas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infrações parcialmente elididas. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Infração não caracterizada, tendo em vista que, na data dos fatos geradores, não existia previsão legal para aplicação da multa isolada. Decretada, de ofício, a improcedência da autuação. Modificada a Decisão recorrida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o artigo 708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada, uma vez que não foi atendida a intimação para esse fim. Reduzido o valor da multa por erro na sua apuração. Rejeitado o pedido de perícia. Rejeitada a preliminar de decadência. Reformada a Decisão recorrida no que se refere à data de ocorrência do fato gerador da infração 12 para 28/08/09. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, no qual se imputa ao contribuinte o cometimento de doze infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício os itens 2, 3, 4 e 12, e do Recurso Voluntário, as infrações 2, 3, 8 e 12, como a seguir descritos:

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$57.605,39, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme o Anexo II (fls. 174 a 263).

INFRAÇÃO 3 - Falta de retenção do ICMS no valor R\$20.161,89, e o consequente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005), conforme o Anexo II (fls. 174 a 263).

INFRAÇÃO 4 - Multa percentual, no valor de R\$15.028,90, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de abril de 2004 a dezembro de 2005, conforme o Anexo III (fls. 265 a 275).

INFRAÇÃO 8 – Deixou de proceder à retenção do ICMS, no total de R\$8.039,49, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de junho, julho, outubro de 2004 a dezembro de 2005, conforme o Anexo VII (fls. 438 a 444).

INFRAÇÃO 12 - Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no exercício de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$41.237,66, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme o Anexo X (fls. 559).

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

*Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos em 01/01/2004 a 31/12/2004 (parte dos itens 04, 08 e 12), observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".*

*Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".*

*Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.*

*No presente caso, o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2009 e neste mesmo dia foi levado à ciência do autuado, conforme assinatura do representante legal da empresa à fl.02, e consequentemente os procedimentos que deram início a fiscalização ocorreram, também, antes do 31/12/2009, através das diversas intimações constantes no processo. Logo, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/12/2009, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2004, findando-se em 31/12/2009.*

*Quanto aos aspectos formais, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o*

*RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante às fls.31 a 113-A.*

*Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos fiscais e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.*

*Rejeito o pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.*

*No mérito, verifico que o autuado reconheceu como devido o débito no montante de R\$9.927,43, relativo às infrações 01; 05; 06; 07; 09; 10 e 11, tendo comprovado o devido recolhimento, conforme DAE à fl.44 e relatórios extraídos do SIGAT Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária às fls.2.542 a 2.548.*

*Portanto, o autuado ao efetuar o pagamento das infrações citadas, reconheceu o lançamento tributário a elas inerentes indicados no presente Auto de Infração, o que torna subsistentes tais infrações, devendo, por isso, ser atendido o pedido do sujeito passivo no sentido de que sejam declaradas extintas por pagamento tais itens do Auto de Infração.*

*Quanto às infrações 02, 03, 04, 08 e 12, na análise das peças processuais, verifico que todas as infrações imputadas ao sujeito passivo estão devidamente demonstradas e apoiadas nos respectivos documentos fiscais, através dos quais é perfeitamente possível chegar às seguintes conclusões.*

#### *Infração 02 e 03*

*Quanto ao item 02, o fato descrito no Auto de Infração faz referência à falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas.*

*Pelo lançamento do item ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação de omissão de saídas de mercadorias apurado através de levantamento quantitativo de estoques, e encontra-se devidamente demonstrado às fls.174 a 179, no qual, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito .*

*O cálculo do débito da infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.*

*O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais o Fisco especifica o produto objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário, conforme seguintes demonstrativos corrigidos: Demonstrativo de Cálculo das Omissões (fls.174 à 179), os Demonstrativos das Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas; Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção (fls. 180 à 187), e os levantamentos analíticos das Entradas, Saídas, Preço Médio (fls. 188 à 229), e as fotocópias dos Livros Registro de Inventário com os estoques inicial e final (fls. 230 à 263), tendo sido dado cópias ao autuado dos citados demonstrativos e dos arquivos eletrônicos (fl. 561 à 563).*

*E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.*

*Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.*

*Na defesa foi alegado que inexistiu omissão de entrada e de saída, tendo juntado como elemento de prova as notas fiscais colacionadas à peça defensiva.*

Observo que a autuante em sua informação fiscal acolheu as alegações do autuado, e após o exame da documentação anexada à defesa, retificou o procedimento fiscal, constatando que vários itens deixaram de existir omissão, e alguns itens que constavam no levantamento de estoque como omissão de saídas, por força das alterações procedidas na auditoria de estoques, passaram para omissão de entradas, resultando no seguinte: a infração 02 fica reduzida de R\$57.605,39 para R\$20.041,39, bem como a infração 03 de R\$20.161,89 para R\$7.014,46, por ser uma consequência desta.

Mantenho o lançamento dos itens em comento, nos valores corrigidos na informação fiscal, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e o autuado ao tomar ciência das alterações procedidas pela autuante não demonstrou, em relação às demais omissões, as alegações de que os produtos são formados por bi-componentes ou tri-componentes, inclusive a documentação apresentada para comprovar os alegados erros no seu sistema fiscal, em particular nos estoques, não foram convincentes.

#### *Infração 04*

Quanto a este item, relativo a aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação parcial, o sujeito passivo alega não ser devido a multa aplicada, sob o fundamento de que não ocorreu aquisição de mercadorias para comercialização, e sim transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa.

Não acolho a razão defensiva do autuado por não encontrar amparo na legislação tributária.

A obrigatoriedade da antecipação parcial existe desde 1º/03/2004, de acordo com o estabelecido pela Lei 8.967/2003 e Decreto 8.969/2004 que instituiu a cobrança parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Esta forma de cobrança do ICMS, consiste na Antecipação do Imposto, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna (17%) e a interestadual, nas entradas (compras) de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas de fora do estado da Bahia para comercialização.

A Antecipação parcial incide sobre todas as mercadorias adquiridas de outro estado, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, exceto mercadorias isentas, imunes, destinadas ao ativo fixo ou uso/consumo da empresa, que sejam enquadradas na Substituição Tributária (seja por antecipação total ou retenção), que possuam alíquota interna de 7% (a exemplo de cesta básica), e mercadorias não destinadas à comercialização.

Portanto, todo comerciante, nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, independente do regime de apuração, seja contribuinte Normal, Micro Empresa, Pequeno Porte, Ambulante ou Especial, está obrigado em proceder a antecipação parcial, à luz do artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/Ba por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, cuja base de cálculo está disciplinada no artigo 61, IX, do RICMS/97.

No caso, analisando o levantamento fiscal da antecipação parcial que fundamenta este item, acostado ao processo às fls. 13 a 19; 24 a 30; 35 a 41, verifico que se encontram discriminados os números dos documentos fiscais, a unidade federativa de origem, o valor da operação, o valor do débito fiscal, o valor do crédito fiscal, o total da antecipação parcial devida, e deduzido os valores comprovadamente recolhidos, resultando nos valores que foram lançados no demonstrativo de débito.

Desta forma, com fundamento nos dispositivos legais acima citados, não assiste razão ao autuado no sentido de que não seria devida a antecipação parcial sobre as transferências.

Restando caracterizada a infração, resta agora examinar a questão argüida na defesa de que houve erro no percentual da multa pelo descumprimento da obrigação principal que foi aplicada.

No tocante a multa aplicada, tem razão o autuado em sua ponderação, pois, conforme dito acima, a obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II."

Portanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de abril de 2004 a dezembro de 2005, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de

28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim, pelo que foi comentado acima, a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea “d”, do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era “d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;”, e portanto, não contemplava a hipótese de “antecipação parcial”.

Desta forma, por falta de previsão legal, não é devida a aplicação da multa na data dos fatos geradores, impondo a nulidade do lançamento.

#### *Infração 08*

Diz respeito a falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que não é devida a substituição tributária, pois as vendas foram destinadas a consumidor final e não a revendedores, varejistas ou atacadistas de tintas, não ocorrendo uma operação subseqüente de comercialização desses produtos.

Mantenho o lançamento do débito de que cuida este item, tendo em vista que conforme consta do processo anexo às fls. 443 e 444 (INC – Informações do Contribuinte), as vendas ocorreram na sua totalidade FE COMERCIAL – Inscrição Estadual n. 55.001.964, que tem por atividade econômica o comércio varejista de materiais de construção não especificado anteriormente (CNAE 4744005), cujo argumento defensivo não foi comprovado nos autos.

#### *Infração 12*

Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte “deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos na legislação, com informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente aos exercícios de 2006 e 2008”.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou atender às intimações constantes à fl.15, para fornecer arquivo em meio magnético, completos, com informações das operações ou prestações realizadas.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for 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”. 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.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que em virtude de o autuado ter entregue o arquivo magnético com inconsistências, o mesmo o autuado foi intimado em 29/07/2009, a proceder as devidas correções, tendo sido entregue o a Relação dos Arquivos Recepcionados e o Relatório das Inconsistências, conforme documentos às fls.16 a 131, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no art. 708-B do RICMS/97, e o mesmo não atendeu ao pedido da fiscalização no prazo estipulado.

Na defesa fiscal o autuado apenas alegou que a multa é indevida porque entregou toda a documentação na ação fiscal, e que houve erro no cálculo da mesma. Não acolho a primeira alegação, pois foi expedida intimação, não atendida no prazo estipulado, na forma prevista no § 3º do art. 708-B do RICMS. Quanto ao erro no cálculo da multa, a autuante reconheceu o equívoco, calculando-a pelo valor total das vendas dos meses em que não foram apresentados os arquivos magnéticos, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$14.349,14.

Portanto, conforme consta na descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético com as correções apontadas no relatório de inconsistências no prazo estipulado no art.708-B.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a não entrega do arquivo magnético, e por isso, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redução do valor por erro na sua apuração.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima transcrito, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Quanto a data do fato gerador, seguindo a jurisprudência do CONSEF, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na última intimação (fl.43), 04/05/2010, ou seja, cinco dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 28/04/2010.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração no valor de R\$59.371,93.

INFRAÇÃO	VL.INICIAIS	VL.RECONHEC.	VL.IMPUGNADOS	VL.I.FISCAL	VL.DEVIDOS
1	5.436,65	5.436,65		5.436,65	5.436,65
2	57.605,39	-	57.605,39	20.041,39	20.041,39
3	20.161,89	-	20.161,89	7.014,46	7.014,46
4	15.028,91	-	15.028,91	15.028,91	-
5	534,88	534,88		534,88	534,88
6	635,57	635,57		635,57	635,57
7	439,13	439,13		439,13	439,13
8	8.039,49	-	8.039,49	8.039,49	8.039,49
9	344,11	344,11		344,11	344,11
10	518,25	518,25		518,25	518,25
11	2.018,84	2.018,84		2.018,84	2.018,84
12	41.237,66	-	41.237,66	14.349,16	14.349,16
TOTAL	152.000,77	9.927,43	142.073,34	74.400,84	59.371,93

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 2566 a 2580, suscitando, inicialmente, a decadência dos débitos lançados nas infrações 8 e 12, cujos fatos geradores ocorreram no período de 01/01/04 a 28/12/04, tendo em vista que só foi notificado do Auto de Infração em 29/12/09.

Argumenta que, por ser o ICMS um imposto por homologação, o crédito tributário está sujeito ao prazo estabelecido no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, isto é, cinco anos a contar do fato gerador, visto que não restou configurada nenhuma espécie de dolo, fraude ou simulação. Transcreve a jurisprudência a respeito da matéria.

No mérito, informa que é pessoa jurídica dedicada à fabricação e comercialização de tintas, vernizes e solventes para empresas localizadas em todo o território nacional.

Quanto às infrações 2 e 3, alega que não realiza compras ou vendas sem a documentação fiscal correspondente, afirmando que os autuantes cometeram alguns equívocos em seu trabalho:

1. ignoraram os saldos finais das mercadorias constantes nos livros de inventário de 2004 e 2005, consignando zero para muitos produtos, como por exemplo, o produto “*Ipondur Primer Epoxi Vermelho*”, com 48 unidades no inventário físico;
2. deixaram de observar que muitos dos produtos por ele comercializados são bi ou tri-componentes, isto é, são formados pela junção de dois ou três produtos entregues separadamente aos clientes, em várias embalagens, para serem misturados apenas quando da efetiva aplicação ou utilização no equipamento ou instalação – tudo conforme o Laudo Técnico juntado aos autos;

Explica que, em função dessas peculiaridades, a fiscalização não analisou corretamente como são registradas as mercadorias, uma vez que, em muitas notas fiscais, não constavam todos os componentes efetivamente vendidos, mas tão somente um único componente ou o nome comercial do produto, o que levou o Fisco a considerar que os outros itens ou componentes vendidos nas mesmas notas fiscais não entraram ou saíram de seu estabelecimento, gerando as diferenças apontadas.

Conclui dizendo que os agentes fiscais deveriam ter comparado os dados constantes nos arquivos magnéticos e nos livros fiscais com os respectivos documentos fiscais, o que não ocorreu. Assim, pede a realização de perícia para comprovar que não houve nenhuma prática omissiva.

Quanto à infração 8, argumenta que a informação sobre o CNAE das empresas adquirentes de seus produtos não é prova suficiente para comprovar a imputação. Aduz que, em que pesem os produtos que comercializa estarem enquadrados no regime da substituição tributária, as operações objeto desta autuação não estão sujeitas àquele regime de tributação porque os adquirentes são consumidores finais das mercadorias ou as utilizam em seus processos de industrialização, não ocorrendo uma etapa posterior de comercialização.

No que tange à infração 12, alega que a cobrança está equivocada, pois a base de cálculo para a multa é mensal e, além disso, parte dos arquivos magnéticos foi entregue, o que enseja a redução ou cancelamento, o que requer.

Finalmente, pede o reconhecimento da decadência de parte do débito, o deferimento da perícia solicitada e a improcedência das infrações ora combatidas, ou, assim não entendendo este Colegiado, a redução ou o cancelamento da penalidade de caráter acessório indicada na infração 12 do lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Cláudia Guerra, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente, afirmando que o pedido de perícia deve ser indeferido, porquanto os elementos probatórios revelam-se suficientes à manutenção da exigência fiscal.

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo recorrente, afirma o seguinte:

*“No que concerne à alegação de ocorrência de decadência, há de se observar que, contrariamente do que sustenta o ora Recorrente, a aplicação do art. 173. 1. do CTN deve-se não pela configuração de dolo, fraude ou simulação, mas, sim, por força da verificação de omissão de saída de mercadoria, ou seja, débito não declarado e não pago.*

*Com efeito. A questão cinge-se fundamentalmente ao fato de que o Recorrente alega que tais operações não são hipóteses de incidência do imposto estadual e, conforme foi apurado pelo autuante, essa as não é verídica, porquanto a legislação que trata da matéria a enquadra como sujeita ao pa do JCMS.*

*Em virtude disso, não há que se falar em aplicação do art. 150. §4º do CTN, que trata exclusivamente da hipótese de homologação do pagamento. Isto significa dizer que sua aplicação impõe que tenha existido o pagamento, ainda que parcial.*

*Desse modo, verifica que a situação em comento, omissão de operação ou prestação tributáveis, possui a mesma disciplina legal concernente à hipótese de débito declarado e não pago, devendo, portanto, ser aplicada a regra do art. 173, inciso 1, do CTN, contando-se o início do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data da ocorrência do fato gerador.*

*Para corroborar este entendimento, interessante observai o real conteúdo semântico da expressão “homologação do lançamento”. Em verdade, em que pese o art. 150, §4º, do CTN, falar que há homologação*

*do lançamento, o fisco realiza verdadeira homologação do pagamento, com a extinção do crédito tributário efetivamente constituído por força da declaração constante da norma individual e concreta produzida pelo particular. Efetivamente são dois efeitos reflexos: a homologação tácita do pagamento antecipado e a decadência do direito Fisco de produzir o lançamento de ofício.*

*Por força disso, justifica-se o fato de que, quando não há declaração, pelo contribuinte, da realização operação ou prestação tributável e, por conseguinte, inexistiu o respectivo pagamento, não há o que o Fisco homologar, razão pela qual se aplica a regra inserta no art. 173, inciso 1, do C'TN.*

*Este entendimento foi objeto decisão do STJ, quando do julgamento de Recurso Especial nº 973.733-SC, o qual foi processado sob o rito do art. 43-C do CPC, nos seguintes termos:*

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, §4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes' da Primeira Seção: REsp 766. 050 Rei. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25. 02.2008: AfRg nos EREsp 266. 758 XP, Rei. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 2º 6. 142 5 Rei. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito protestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad. São Paulo, 2004. págs. 163:210.).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto artigo 173, I, do CTN sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos à lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, §4º, e 173, I, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro ", 3ª ed., Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2005. págs. 91/104: Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro ". 10ª ed., Ed. Saraiva. 2004, págs. 396/400: e Eurico Marcos Diniz de Santi. "Decadência e Prescrição no Direito Tributário". 3ª ed., Max Limonad, São Paulo. 2004. pág 183v 199).*

*4. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se do tributo sujeito a lançamento por homologação: (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

*5. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

*6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008". (g.n.)"*

No mérito, a douta procuradora entende que também não assiste razão ao recorrente.

Aduz que, na infração 8, foi apurado pela fiscalização que as mercadorias vendidas pelo autuado se destinaram, em sua integralidade, a empresa que tem como atividade econômica o comércio varejista de materiais de construção, não tendo sido arrolados aos autos provas capazes de infirmar a autuação.

No que se refere ao item 12, observa que, diversamente do alegado na peça recursal, a redução da multa não se deveu ao reconhecimento da decadência, mas em virtude da constatação de que o fato gerador da penalidade é o "primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido ao contribuinte para apresentar os referidos arquivos magnéticos".



Ressalta que a entrega dos arquivos com inconsistências equivale à sua não entrega, mesmo depois de ter sido o contribuinte intimado a apresentar as informações em meio magnético com as correções apontadas.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de perícia do recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste Órgão de julgamento administrativo (acorde o art. 147, I, "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a perícia solicitada (art. 147, II, "b", do RPAF/99). Por fim, o recorrente não trouxe aos autos nenhum outro elemento material capaz de demonstrar a necessidade de converter o PAF em diligência ou perícia.

No Recurso Voluntário o contribuinte suscitou a decadência dos valores lançados cujos fatos geradores ocorreram no período de 01/01/04 a 28/04/04 (infrações 8 e 12), argumentando que, por ser o ICMS um imposto por homologação, o crédito tributário está sujeito ao prazo estabelecido no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional para homologação, isto é, cinco anos a contar do fato gerador.

Entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

**“Art. 107-B ..... ”**

**§ 5º.** *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (grifos não originais)*

Além disso, a Lei nº 3.956/81 (COTEB) estabelece, no artigo 107-A, inciso I, que *“O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Sendo assim, o prazo legal para a constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos em 2004 se esgotaria em 31/12/09. Como este Auto de Infração foi lavrado em 29/12/09, não se encontravam decaídos os débitos relativos aos fatos geradores apontados na peça recursal.

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 – declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: *“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há de se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante das seguintes razões:

1. a posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;

2. o entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. o despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de “*minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.*”

No mérito, verifico que foi cobrado o ICMS nas infrações 2 e 3, objeto dos Recursos Voluntário e de Ofício, em razão da constatação de operações de saídas de mercadorias sem a emissão do documento fiscal competente, apurado em levantamento quantitativo, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto ao tributo devido por substituição tributária.

O recorrente apontou a ocorrência de equívocos cometidos pela autuante, porém os erros quanto ao estoque do produto “*Ipondur Primer Epoxi Vermelho*” e à contagem errônea de diversos outros produtos (formado de dois ou três componentes) já foram devida e corretamente retificados pelo autuante quando prestou a informação fiscal (fl. 2479/2480). Como o sujeito passivo não apontou, em seu Recurso, especificamente outros equívocos porventura existentes no levantamento de estoques, nem trouxe elementos adicionais de prova para contestar o trabalho levado a efeito pela fiscalização, não há como alterar a Decisão recorrida.

Na infração 4, objeto do Recurso de Ofício, é exigida a multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de abril de 2004 a dezembro de 2005.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da imputação, por falta de previsão legal, à época dos fatos geradores. Ocorre que este Colegiado já se manifestou diversas vezes pela improcedência da autuação na hipótese do presente PAF, valendo transcrever o voto do Conselheiro Dr. Fábio de Andrade Moura, proferido no Acórdão CJF nº 0109-11/11, o qual resume de forma brilhante esse entendimento:

*“Através da autuação em análise, o preposto fiscal impôs ao sujeito passivo multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.*

*Tal penalidade foi aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2005 e 2006, quando a alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, previa a aplicação de multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente “quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares”. Essa redação foi dada pela Lei nº 7.981/2001, ou seja, antes da inclusão do instituto da antecipação parcial na legislação baiana, o que somente ocorreu em 2003, com a Lei nº 8.967.*

*Logo, a antecipação parcial não estava entre as hipóteses regulamentares de “antecipação” previstas na alínea “d” anteriormente referida e, destarte, não se pode entender que foi meramente semântica a alteração promovida pela Lei nº 10.847/07, ao incluir a falta de recolhimento da antecipação parcial na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. É inegável que a própria norma foi alterada, de modo a alargar o seu âmbito de incidência para atingir situação que não estava prevista quando da edição de sua redação anterior; houve uma atualização da norma, uma modificação em seu conteúdo, o que não pode – e nem deve – ser desprezado pelos aplicadores do direito tributário.*

*Nesse contexto, é forçoso reconhecer que o dispositivo legal citado na autuação (art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96) não serve para embasar a exigência da multa percentual pela falta de recolhimento da antecipação parcial no prazo regulamentar. Apenas com a Lei nº 10.847/2007 tornou-se possível a cobrança da multa percentual em comento; antes, a penalidade é ilegal e não pode contar com a chancela deste Conselho de Fazenda.*

*Também não pode ser imposta a multa de 60% prevista na alínea “f”, dos mesmos inciso e artigo, que se aplica “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de*

*obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”.*

*É que, no caso em comento, o autuante nada lançou a título de tributo, chegando a consignar que as mercadorias objeto desta infração tiveram saída posterior tributada normalmente. Ora, se houve tributação normal na saída das mercadorias, tanto que o tributo não foi lançado – frise-se – descabe a multa da alínea “f”, que está atrelada ao descumprimento da obrigação tributária principal.*

*A ilegalidade da sanção imposta, contudo, ao revés do entendimento firmado na Junta de Julgamento Fiscal, leva à improcedência da autuação, e não à sua nulidade, uma vez que não existe vício que torne insegura a autuação, em quaisquer de seus critérios; o que existe é a certeza de que a multa, em seu mérito, é indevida, por falta de respaldo legal.*

*Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e, de ofício, decreto a IMPROCEDÊNCIA da infração 1 da presente autuação.”*

Em consequência, decreto, de ofício, a improcedência da autuação.

Na infração 8, constante no Recurso Voluntário, o imposto estadual é exigido sob a acusação de que o contribuinte teria deixado de proceder à retenção e o seu recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de circulação de mercadorias realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com os documentos juntados aos autos às fls. 443 e 444 (INC – Informações do Contribuinte), restou comprovado que o recorrente realizou operações de saídas de produtos enquadrados na substituição tributária para a empresa FE Comercial, inscrita sob o nº 55.001.964 que se dedicava, à época dos fatos geradores, ao “*comércio varejista de materiais de construção não especificados anteriormente*” (CNAE 4744005).

Como não foram trazidos ao PAF elementos materiais capazes de confirmar as alegações recursais, de que os produtos destinavam-se a consumo ou a processo de industrialização do adquirente, considero que deve ser mantida a Decisão recorrida pela procedência da infração.

Na infração 12, objeto de ambos os Recursos, foi lançada multa por falta de entrega de arquivos magnéticos no exercício de 2004, mesmo após o contribuinte ter sido intimado pela fiscalização.

O sujeito passivo limitou-se a alegar que a base de cálculo deveria ser mensal e que parte dos arquivos havia sido entregue. Ocorre que a própria autoridade fazendária reconheceu que a falta de entrega dos citados arquivos magnéticos somente ocorreu no período de janeiro a maio de 2004 e retificou o lançamento de ofício, o que foi acatado pela Junta de Julgamento Fiscal, reduzindo-se o montante da penalidade.

Quanto à data do fato gerador, verifico que a autuante lançou a multa no dia 20/12/09, quando deveria ter indicado o dia 31/08/09 - o dia útil subsequente ao término do prazo de trinta dias concedido para a apresentação dos arquivos, uma vez que a intimação foi assinada pelo contribuinte no dia 29/07/09. Sendo assim, retifico, nessa parte, a Decisão recorrida que alterou inexplicavelmente a data de ocorrência para o dia “04/05/2010, ou seja, cinco dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 28/04/2010”.

Por fim, indefiro o pedido do recorrente para cancelamento ou redução do valor remanescente da multa (R\$14.349,16), pois considero que não foram atendidos todos os requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito:

**Art. 42 ....**

*§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”*

Constato, pela análise dos autos, que o recorrente deixou de apresentar os arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro a maio de 2004, bem como apresentou os arquivos do restante do exercício com diversas inconsistências, e, mesmo após o prazo de trinta dias, não cumpriu a solicitação feita pelo Fisco. Esse procedimento tornou inviável a realização de diversos roteiros

de auditoria por parte do preposto fiscal, impedindo a Administração Tributária de verificar se os impostos recolhidos pelo sujeito passivo estavam ou não corretos.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício, retificando apenas a data de ocorrência da infração 12 para o dia 31/08/09 e decretando, de ofício, a improcedência da infração 4.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, decretar a improcedência da infração 4, retificar a data de ocorrência da infração 12 para o dia 28/08/09 e, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0006/09-0**, lavrado contra **SHERWIN – WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$45.022,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.542,25; 70% sobre R\$20.041,39 e 150% sobre R\$439,13, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “e”, V, “a”, VII, “a” e III, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$14.349,16**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS