

**PROCESSO** - A. I. Nº 180461.0005/13-7  
**RECORRENTE** - DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0105-05/14  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 26/08/2015

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0201-11/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. Em parte, contribuinte não indica mercadoria com código NCM idêntico àquele para o qual a legislação permite redução de base de cálculo. Porém, em conformidade com as Regras Gerais para a Interpretação do Sistema Harmonizado – NCM, que estabelecem as regras gerais de classificação das mercadorias na Nomenclatura, uma vez que idênticos os seis primeiros algarismos do código NCM, que são concernentes a Capítulo, Posição e Subposição, e considerando-se também a descrição do item de informática no levantamento fiscal realizado, e sua utilização de conhecimento público, restou parcialmente insubsistente a acusação fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. A multa aplicada por descumprimento de norma, tem caráter punitivo, de forma a evitar a repetição da infração e não pode ser dispensada ou excluída na via administrativa sob o argumento de que tal exigência seria injusta ou gravosa, visto que os princípios constitucionais da vedação ao confisco, são dirigidos ao legislador e não ao aplicador da lei. Não fica caracterizada a ausência de dolo, visto a infração se repetir ao longo de todo o exercício fiscalizado, de janeiro a dezembro, não sendo uma situação eventual envolvendo algumas poucas notas fiscais. Mantida a infração. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Nos termos do art. 708-B, parágrafo 6º, do RICMS/BA/97, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96. A reincidência da mesma infração em outro exercício fiscalizado não demonstra a indispensável ausência de dolo, conforme exige o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para que seja beneficiado

pela redução da multa. Corrigida, de ofício, a data de ocorrência da Infração 5. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2013 para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações tributárias em razão de seis irregularidades, sendo apenas as imputações 02, 04 e 05 o objeto da impugnação originária e do apelo recursal:

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente a operações internas com produtos cujas NCM não estão indicados no Anexo 5-A do inciso V do art. 87 do RICMS/BA/97. Período de janeiro/2009 a dezembro/2010. Demonstrativo fiscal às fls. 26 a 36; documentos e cópias de livros fiscais às fls. 36 a 141. ICMS no valor de R\$18.434,34, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. Período de janeiro/2009 a dezembro/2010. Demonstrativo fiscal às fls. 148 e 154; documentos às fls. 155 a 272. Multa no valor de R\$61.714,83.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas, sendo intimado a retificar as informações do registro 74 nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e de 2010. Demonstrativo fiscal às fls. 274 e 275; documentos às fls. 276 a 295. Termo de Intimação às fls. 283 e 284. Multa no valor de R\$15.297,19.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 406 a 429.

A autuante prestou informação fiscal fls. 437 a 447 contestando as alegações defensivas e mantendo a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0105-005/14, às fls. 450 a 458. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

### VOTO

*Fazem parte desta lide, conforme descrição do relatório, apenas as infrações 2, 4 e 5, havendo reconhecimento pelo impugnante, dos demais itens lançados no Auto de Infração. Assim, passo ao julgamento destas supracitadas infrações, que foram defendidas no bojo da impugnação.*

*Na infração 2, entende a autuante, que em algumas operações internas com produtos de informática, são indevidas a redução de base de cálculo em virtude da respectiva NCM não comportar a redução prevista em lei. Já a Impugnante, afirma que a infração praticamente não subsistirá, eis que as mercadorias listadas na impugnação, teriam direito à redução da base de cálculo, e representam aproximadamente 90% da base de cálculo apurada na infração. Ou seja, reconhece parcialmente a infração, embora não tenha apresentado memorial de cálculo acerca dos valores reconhecidos. Entre outras razões, alega que mercadorias cuja NCM consta como sendo nº 8544.42.00 deveriam ser considerados com o código nº 8473 da NCM, por se tratarem de partes e peças de máquinas das posições nos 8469 a 8472, e portanto, fariam jus à redução da base de cálculo.*

*Neste caso, compulsando os autos, à fl. 179, DANFE nº 69.395, o cabo para monitor fornecido pela DELL computadores do Brasil tem NCM nº 8544.42.00; Seguramente não pode o autuante, nem este julgador, fazer juízo de valor, de que tal NCM deveria ser considerada com o código nº 8473, além do que, não bastaria que figurasse no grupo nº 8473, mas também nos subgrupos, pois não são todas as mercadorias com NCM nº 8473 que fazem jus ao benefício, mas apenas algumas delas, conforme se verifica em transcrição de parte do Anexo 5-A.*

84.73.30	Partes e acessórios das máquinas da posição 84.71.
8473.40	Partes e acessórios das máquinas da posição 84.72
8473.50	Partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as

	<i>Máquinas ou aparelhos de duas ou mais das posições 8469 a 8472</i>
8473.50.20	<i>Cartões de memória ("memory cards")</i>

Se erro houve na emissão da nota fiscal pela DELL, deveria o impugnante buscar carta de correção da NCM contida nas notas fiscais, pois só o fabricante estaria devida balizado a afirmar que houve erro na nomenclatura, e identificar integralmente a NCM e não apenas o grupo da nomenclatura a que pertence, visto tratar de mercadorias fabricadas e comercializadas por ele.

O impugnante trouxe uma série de mercadorias como exemplo, sem contudo apresentar o número das notas fiscais ou as páginas do processo. Assim, ao fazer rastreamento nos autos, de alguns itens reclamados pelo impugnante, constato as seguintes mercadorias e suas nomenclaturas :Switch 24p - fl. 203, DANFE nº 4.479, NCM 8517.62.39; Roteador 3com, fl. 237, DANFE nº 20.612 NCM nº 85.17.62.39; fazendo comparação com as NCM do Anexo 5-A, encontro o seguinte:

8517.62.40	<i>Roteadores digitais, em redes com ou sem fio.</i>
8517.62.54	<i>Distribuidores de conexões para rede (hubs)</i>
8517.62.55	<i>Moduladores/demoduladores ("modems").</i>

Constato que embora parecidos, não são exatamente as mesmas NCM, pois apenas tem em comum, o fato de pertencerem ao Grupo nº 8517. Outro exemplo, é a Fonte 600w atx p/p4 20+ 4 pinos fl. 182, Nota Fiscal nº 628, NCM nº 8504.40.29.

A única NCM parecida é a que está abaixo transcrita:

8504.40.40	<i>Equipamento de alimentação ininterrupta de energia para microcomputadores – "no break"</i>
------------	---

Dessa forma, fica evidente que a lide se resume mesmo a uma questão de interpretação do dispositivo do Anexo 5-A, não havendo necessidade de se aprofundar outros pormenores, se no caso em discussão, a NCM cuja numeração seja muito próxima, como os exemplos acima citados, e cujas mercadorias podem até ter descrições semelhantes e funções igualmente similares, se poderia aproveitar o fato de estarem no mesmo grupo da NCM, para efeitos de redução de base de cálculo concedida em benefício fiscal.

Conforme já explicitado no voto citado pela autuante, 4ª JJF Nº 0018-04/14, em situação idêntica a esta lide e coincidentemente deste mesmo Relator, a melhor doutrina dita que nos casos de benefícios fiscais, a interpretação deve ser literal ou restritiva, contrapondo-se à interpretação ampliativa ou extensiva. Tal entendimento, decorre do texto do art. 111 do CTN:

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II – outorga de isenção;
- III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, a redução de base de cálculo equivale a uma isenção parcial e se aplica perfeitamente a interpretação ordenada pelo artigo supracitado, pois não pode a incidência da lei que autoriza diminuição da carga tributária ir "além" da fórmula ou hipótese expressas em seu texto, o que vem a se traduzir na necessária segurança jurídica nas relações entre o fisco e os contribuintes. A interpretação literal deve ser a mais restritiva possível, na medida em que exige do intérprete que este se mantenha atrelado às expressões contidas no texto legal, dado que na acepção da interpretação restritiva, "o que é regra se presume e o que é exceção deve estar expresso em lei".

É bem verdade que o impugnante citou em sua defesa a NCM nº 8517.62.4 (Roteadores) e nº 8517.62.54 (Distribuidores de conexões para rede (hubs) que constam exatamente com a mesma numeração no Anexo 5-A, no entanto não comprovou apontando qualquer nota fiscal do processo. Este Relator também se deu ao trabalho de fazer uma varredura nos documentos acostados ao PAF, destes e de outras mercadorias na tentativa de encontrar qualquer das a NCM correspondente ao Anexo 5-A, sem êxito. Se de fato, existe alguma mercadoria com NCM idêntica à que a legislação permite redução de base de cálculo, deveria o impugnante apontar com exatidão, no intuito de se possibilitar uma diligência para correção. No entanto, apenas alegou os fatos sem trazer efetiva comprovação, indicando o número da nota fiscal ou a páginas do processo onde pudesse se comprovar a alegação. Além disso, pode se verificar que há outros julgamentos de assuntos semelhantes e do mesmo contribuinte: ACÓRDÃO JJF Nos 0309-01/13 e 0266-13/13. Pelo exposto, voto pelo acatamento deste lançamento. Infração 2 procedente.

Quanto à infração 4, o impugnante não discorda quanto à prática da infração, mas argumenta que a multa é desproporcional, uma vez que se trata de aplicação de multa pela falta de antecipação do imposto, que foi recolhido posteriormente, quando da saída das mercadorias, pelo que a suposta infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, bem como que não implicou em falta do recolhimento.

Entende o impugnante que tal multa é exorbitante, mas não tem esta Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 167, competência para apreciar tal arguição, por se tratar de defesa afeta à inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma. O recolhimento da antecipação parcial constitui uma obrigação tributária acessória,

*cujo fato gerador é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal, de acordo com os termos do art. 115 do CTN:*

**Art. 115.** *Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.*

*Assim sendo a multa cobrada por descumprimento de norma, cuja função tem caráter punitivo de forma a evitar a repetição da infração e não pode ser dispensada ou excluída na via administrativa sob o argumento de que tal exigência seria injusta ou gravosa, visto que os princípios constitucionais da vedação ao confisco, são dirigidos ao legislador e não ao aplicador da lei. Se o impugnante entender que a norma é inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Assim, a antecipação parcial tem sua incidência prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03:*

**Art. 12-A.** *Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*O descumprimento da norma, sem que haja descumprimento de obrigação principal, em virtude da saída das mercadorias com tributação normal, como foi o caso, resulta em multa por descumprimento de obrigação acessória de 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, "d", c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Nos termos do art. 158 do RPAF, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

*Fica caracterizada a ausência de fraude ou simulação, no entanto não fica caracterizada a ausência de dolo, visto a infração se repetir ao longo de todo o exercício fiscalizado, de janeiro a dezembro, não sendo uma situação eventual envolvendo algumas poucas notas fiscais, e assim, mantenho a infração no seu inteiro teor. Infração 4 procedente.*

*Na infração nº 5, consta no processo, que o contribuinte foi intimado em 24/09/2013, conforme prova às fls. 283, a retificar as inconsistências dos Arquivos Magnéticos, inclusive relatando a ausência do Registro 74 - Inventário dos meses de janeiro e dezembro. Nos termos do art. 708-B, parágrafo 6º, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "j" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96. A este respeito, vejamos julgamento da 3ª CJF, ACÓRDÃO Nº 0266-13/13, envolvendo o mesmo contribuinte deste processo em julgamento. É salutar a descrição da infração cometida e julgada em grau de Recurso Voluntário, que negou provimento, para que não parem dúvida sobre a exatidão da infração julgada, coincidentemente também de nº 5:*

**INFRAÇÃO 5.** *Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no valor de R\$19.012,98. O contribuinte foi intimado a retificar as inconsistências dos arquivos magnéticos em 06/01/2011, inclusive a apresentação dos Registros 74 dos meses de janeiro e dezembro dos exercícios de 2006 e 2007, os quais não foram apresentados. Termo de Intimação com anexos às fls. 11 a 32, com data de ciência do contribuinte em 06/01/2011, concedendo ao intimado o prazo de trinta dias para correção das inconsistências discriminadas pelo Fisco na mencionada intimação; demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal à fl. 607 (volume III).*

*Vejamos agora o que decidiu a Câmara:*

*Não se trata de multa por falta de envio mensal de arquivo magnético. O contribuinte enviou os arquivos a esta SEFAZ, e o fez de forma incorreta, ou seja, enviou arquivos com dados inconsistentes. O Fisco, detectando esta irregularidade, intimou o sujeito passivo para corrigir os erros dos arquivos enviados mensalmente. Os erros dos arquivos magnéticos foram verificados exatamente a partir da escrita fiscal do contribuinte, posto que os dados de parte dos registros de seus arquivos magnéticos não espelhavam, e deveriam rigorosamente espelhar, os dados que o contribuinte escreveu em seu livro Registro de Inventário. Ou seja, o livro Registro de Inventário que o contribuinte apresentou ao Fisco comprova que há irregularidade a ser corrigida. Não comprova que o Fisco poderia efetivar roteiros de auditoria fiscal utilizando tal livro fiscal, ou utilizando os arquivos magnéticos que contêm dados inexatos. Pelo contrário, a escrita fiscal comprova a irregularidade quando ao cumprimento da obrigação acessória de informação correta de dados nos arquivos magnéticos que devem ser enviados mensalmente a esta SEFAZ, por força do Convênio ICMS 57/95 e legislação correlata.*

*Observo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.*

*Por outro lado, quanto ao argumento, levantado pelo contribuinte, no sentido de que na Infração 5 não estaria caracterizado o dolo, ou má-fé, do contribuinte, observo que o contribuinte, não apenas durante uma ocasião isolada, mas durante o período objeto da apuração fiscal, continuamente deixou de declarar corretamente os dados fiscais nos registros dos seus arquivos magnéticos, situação esta comprovada nos autos deste processo.*

*Com este procedimento retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da totalidade das operações que praticou, e do estoque que possuía ao encerrar seu exercício fiscal. A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.*

*Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do § 2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.*

*Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto relativo às operações que praticou teria sido regularmente recolhido ao erário. Observo que inexistente comprovação de falta de pagamento de imposto ao erário, nos autos deste processo, pelo que igualmente inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela Decisão de primeiro grau.*

*Voto pela manutenção da Decisão a quo no sentido da manutenção da multa relativa à Infração 5, tal como indicada no Auto de Infração.*

*Assim, o voto proferido na câmara ratifica a aplicação da multa nos mesmos termos em que aqui ficou caracterizada, razão pela qual não vislumbro outra decisão que não a de manter a infração por estar em absoluta conformidade com a lei.*

*Quanto ao pedido de diminuição da multa, diz o impugnante em sua justificativa, que eventual omissão do Registro 74 foi totalmente suprida pela documentação fiscal e contábil posta à disposição da Fiscalização. Tal afirmação não condiz com a verdade, visto que os registros 74 indicam a descrição das mercadorias, e são fundamentais para a execução do roteiro de auditoria de estoques, utilizando-se dos aplicativos modernos postos à disposição do fisco.*

*Em não havendo tais registros, embora não signifique que seja impossível a auditoria de estoques, por meios convencionais, na prática é inviável a sua aplicação pela demanda de tempo, logística e erros decorrentes da execução sem os meios adequados, tal diversidade de itens, códigos e descrições das mercadorias. Além disso, a transcrição do julgamento acima, deste mesmo contribuinte, e com a reincidência da mesma infração em outro exercício fiscalizado não demonstra a indispensável ausência de dolo, conforme exige o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para que seja beneficiado pela redução da multa. Infração 5 procedente.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 471 a 489, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese o Recorrente novamente aduz que impugna as imputações 2, 4 e 5.

Em relação à acusação 2, aduziu que nesta exige-se o ICMS em decorrência da utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo previsto no art. 87, inciso V, do RICMS/BA/97 porque, segundo a Autoridade Fiscal, a empresa utilizou indevidamente o referido benefício em relação às operações internas realizadas com produtos não indicados no Anexo 5-A, a que se refere o art. 87, inciso V, do RICMS/BA/97, discriminados, por ela, nos Anexos 02A e 02B do Auto de Infração.

Que, no entanto, diversos itens arrolados nos Anexos 02A e 02B da autuação, em relação aos quais o benefício de redução de base de cálculo foi glosado, enquadrar-se-iam na lista prevista no Anexo 5-A do RICMS/BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, pelo que aduz que não existiria imposto a ser lançado.

Afirma que tais itens foram arrolados nos Anexos 02A e 02B do Auto de Infração sob o código 8544.42.00 da NCM, mas que estes itens deveriam ser considerados com o código 8473 da NCM, por se tratar de partes e peças de máquinas das posições 8469 a 8472.

Relata que indicou na impugnação, a título de exemplo, o código 8544, que aduz que referir-se-ia a fios e cabos voltados a condução de energia elétrica, e que teriam código diferente de cabos de

uso em informática e necessários para transmissão de dados, tais como cabos de ligação USB, cabo UTP – CMX C5E 24X4P, cabo para HD SATA, cabo de força, cabo de rede, cabo flat HP 600 (painel), cabo extensor de teclado, cabo para monitores e painéis de máquinas de automação e inserção de textos, cabos de dados de impressoras, cujo enquadramento correto na NCM é 8473, código que está presente no Anexo 5-A do RICMS/BA/97.

Que ele, Recorrente, transcreveu os códigos NCM 8544 e 8473, comparando-os, visando demonstrar que diversas mercadorias reputadas pela Fiscalização Tributária como impassíveis de redução da base de cálculo constam no Anexo 5-A do RICMS/BA/97, razão pela qual gozam da redução de base de cálculo.

Que asseverou que foram arrolados nos Anexos 02A e 02B da autuação mercadorias como fontes (exemplos: “fonte 24 pinos 450W”, “fonte ATX 550W”, “fonte alimentação HP 5650/7260/7400/7600”, “fonte de alimentação de 275 WATTS”, “fonte HP PSC 1300/23/2410/2500/7900/1510”, dentre outras espécies de fontes) e coolers (exemplos: “Cooler Spire Coolflow II”, “cooler para gabinete 80X80 X25 DG 12846” e “cooler P4 pata Intel 775”), mercadorias que estão incluídas no Anexo 5-A do RICMS/BA/97 sob os códigos da NCM 8473.30 e 9032.89.1/8414.59.10, respectivamente, mas que foram considerados pela Fiscalização Tributária como excluídos do referido anexo do regulamento do imposto estadual.

Assevera que nesta mesma linha, tem-se ainda as mercadorias “SWITCH – 08 portas 10/100 – RJ45”, “Adaptador USB 108MBPS ENUWI-SG”, “SWITCH 52 POR 48P 10/100 e 2P10/100/1000”, “SWITCH – 24 PORTAS”, “SWITCH 3COM 8 Portas Gigabit”, “Switch baseline 24 portas 3COM”, “Roteador WRT54G2-BR Wireless-G”, que efetivamente constam no Anexo 5-A sob os códigos da NCM 8517.62.4 (Roteadores digitais, em redes com ou sem fio) e 8517.62.54 (Distribuidores de conexões para rede [hubs]).

Que, por fim, as mercadorias “cartão de memória 2GB MS PRO DUO”, “Cartão de memória Stick 2GB Mark2 Sony”, “pen drive 8GB Kingston”, “pen drive 32GB Kingston” e “pen drive 8GB” também encontram guarida no Anexo 5-A sob a NCM 8523.51, pois se trata de “dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores” exatamente por guardarem os dados nele gravados mesmo sem fornecimento de energia (memória não-volátil) e envolverem semicondutores (componente básico de diodos, transístores, microprocessadores e nano-circuitos).

Que após esta demonstração dos itens que entendia que foram enquadrados de forma equivocada pela Fiscalização Tributária, na impugnação destacou que mesmo que eventualmente o código NCM inserido ou indicado esteja em descompasso com a real natureza da mercadoria, este CONSEF, em respeito ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, deveria considerar a classificação correta e fática da mercadoria na NCM e o seu consequente enquadramento no Anexo 5-A, preservando a legalidade tributária estrita para conformar os fatos envolvidos no lançamento ao que determina a legislação e ao efetivamente ocorrido.

Que, todavia, a primeira instância refutou os argumentos de defesa da Recorrente sob o fundamento que *“não pode o autuante, nem este julgador, fazer juízo de valor, de que tal NCM deveria ser considerada com o código 8473, além do que, não bastaria que figurasse no grupo nº 8473, mas também nos subgrupos, pois não são todas as mercadorias com NCM nº 8473 que fazem jus ao benefício, mas apenas algumas delas...”*.

Que deste trecho do voto estaria perceptível que a discussão não teria sido encarada pelo devido foco porque ele, Recorrente, indicou o código NCM em que as mercadorias por si elencadas deveriam estar classificadas, com base na descrição utilizada pelo próprio Auditor Fiscal nos Anexos 02A e 02B da autuação, e não em “juízo de valor” empírico sobre tais mercadorias.

Que explicando melhor, ele, Recorrente, percebeu que as mercadorias fariam jus à redução de base de cálculo mediante simples comparação e confrontação da descrição declinada pela Fiscalização Tributária nos Anexos 02A e 02B com a descrição constante nos códigos indicados em sua impugnação, e não seriam necessárias maiores divagações para tanto.

Que, assim, se foi possível à Fiscalização Tributária entender e descrever determinadas mercadorias como “fonte 24 pinos 450W”, “fonte ATX 550W”, “fonte alimentação HP 5650/7260/7400/7600”, “fonte de alimentação de 275 WATTS”, “fonte HP PSC 1300/23/2410/2500/7900/1510”, indaga porque não se poderia enquadrá-las, com esta descrição, no regime de redução de base de cálculo, uma vez que estariam incluídas no Anexo 5-A do RICMS/97/BA sob os códigos da NCM 8473.30 e 9032.89.1/8414.59.10.

Afirma que, partindo da premissa adotada pela Fiscalização Tributária para a descrição das mercadorias nos anexos da autuação, foi possível a ele, Recorrente, detectar a compatibilidade de tais mercadorias com o Anexo 5-A do RICMS/97/BA, motivo pelo qual entende que também seria possível à Fiscalização Tributária fazer tal enquadramento, e seria despendendo o trabalhoso e praticamente impossível procedimento de buscar carta de correção de cada fabricante de cada mercadoria, como sugerido no voto da primeira instância, máxime porque foi possível à Fiscalização Tributária entender e descrever determinadas mercadorias com descrições de produtos que estão incluídos no Anexo 5-A do RICMS/97/BA.

O Recorrente prossegue expondo que também mereceria destaque que a Primeira Instância asseverou que uma mercadoria *“não bastaria que figurasse no grupo nº 8473, mas também nos subgrupos, pois não são todas as mercadorias com NCM nº 8473 que fazem jus ao benefício”*, mas que este argumento deveria ser interpretado em seus devidos termos e alcance.

Que de fato o Anexo 5-A do RICMS/97 estabelecia subclasses da NCM para definir quais mercadorias teriam a redução da base de cálculo, porém ele, Recorrente, destacou que as subclasses 8473.30, 8473.40, 8473.50 fazem referência a *“partes e acessórios das máquinas da posição 8471”*, *“partes e acessórios das máquinas da posição 8472”* e *“partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as máquinas ou aparelhos de duas ou mais das posições 8469 a 8472”*, e a subclasse não define apenas um tipo de mercadoria, mas se refere a outros grupos de máquinas e peças, aos quais ele, impugnante, fez referência e descreveu.

Afirma que não teria havido a devida apreciação desta questão pela primeira instância, o que motivaria o seu recurso, pois não se teria atentando que as subclasses 8473.30, 8473.40, 8473.50 fazem referência a outros códigos e subcódigos da NCM, outros códigos aos quais as partes, acessórios e máquinas constam na lista elencada pela Fiscalização Tributária nos Anexos 02A e 02B da autuação e, assim, não se poderia cogitar em redução ilegal da base de cálculo do ICMS, razão pela qual, entende, deveria ser reformada a decisão recorrida, porque uma vez considerados os códigos corretos das mercadorias na NCM e seu enquadramento no Anexo 5-A do RICMS/97/BA, a infração 02 praticamente não subsistiria.

Quanto à infração 04, volta a sustentar que a multa aplicada seria desproporcional por tratar-se de falta de antecipação de imposto, que foi recolhido posteriormente quando da saída das mercadorias, não tendo havido dolo, fraude ou simulação, e não teria implicado falta do recolhimento de tributo por completo, diante de seu recolhimento posteriormente. Que houve apenas impontualidade do recolhimento da antecipação do ICMS, sem a indicação de qualquer agravante tal como fraude, conluio, etc., pelo que a aplicação de multa no valor de R\$61.714,83, sendo o maior valor lançado dentre as infrações indicadas no Auto de Infração objeto da lide, tornaria confiscatória esta multa, pelo que deveria ser reduzida.

Que a Primeira Instância não apreciou esta questão sob o argumento de que restaria configurado o dolo no presente caso, visto que a infração se repetiu ao longo de todo o exercício fiscalizado, pelo que não seria uma situação eventual. Que este fundamento não poderia prevalecer porque não teria havido dolo em não recolher o ICMS devido mensalmente, apenas isto não foi feito de forma antecipada, tendo havido o recolhimento do tributo ao final do período de apuração, tanto que apenas foi-lhe aplicada multa pela falta de antecipação de algo que foi recolhido posteriormente, fato que, sozinho, revela a ausência de dolo de não recolher o tributo devido mensalmente, sobre as mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação.

O Recorrente novamente requer a redução do valor aplicado como multa, mediante aplicação

análoga da disposição do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, porque a infração não teria sido praticada com dolo e não teria implicado falta de recolhimento do imposto, que foi recolhido posteriormente.

Em relação à Infração 05, afirma entender que o valor que foi lançado a título de multa de 1% do valor das saídas, também seria desarrazoado em virtude de que ele, recorrente, teria feito a retificação dos arquivos magnéticos em sua quase totalidade, restando ausente apenas o Registro 74, residindo a desproporção entre a infração cometida e a penalidade sofrida em razão de que o estoque poderia ser levantado pela ilustre Fiscalização através dos livros de Registro de Inventário que lhe foram entregues, razão pela qual não teria havido óbice à atividade de fiscalização que justificasse o valor aplicado a título de multa.

Que caso este Conselho entenda ser cabível a imposição da multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, então ele, Recorrente, discorda da multa aplicada, que seria apartada da realidade da empresa, que não tem como margem de lucro o aplicado percentual de 1%. Afirma que a multa tornar-se-ia confiscatória, desproporcional e irrazoável, especialmente porque os arquivos magnéticos foram entregues em época própria, conforme os recibos anexos, ficando ausente apenas o Registro 74, cuja ausência não importou na pretensão de fraudar a Fazenda Pública Estadual, até porque se este fosse o intuito da Recorrente, não teria entregado os arquivos do SINTEGRA em época própria. Que esta desproporcionalidade da multa ficaria mais evidente quando se constata que nenhum livro ou documento fiscal deixou de ser apresentado, consoante o recibo de arrecadação e posterior devolução pela Fiscalização Estadual, por isso eventual omissão do Registro 74 teria sido suprida pela documentação fiscal e contábil posta à disposição da ilustre Fiscalização.

Afirma entender que seria o caso de se aplicar o quanto disposto no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para se reduzir ou cancelar a multa diante da comprovação de que a infração não teria sido praticada com dolo e não teria implicado a falta de recolhimento do imposto:

Que a irregularidade encontrada nos seus arquivos magnéticos não teria resultado de ato intencional, e sim de falha operacional, sem intenção de lesar o Fisco Estadual.

Em seguida o Recorrente cita o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no qual relata que foi reduzida para R\$50,00 o valor de multa por falta de utilização de equipamento emissor de cupom fiscal, e pede que essa análise seja considerada neste julgamento.

Registra o Acórdão JJF nº 0186-01/02, que reduziu multa por descumprimento de obrigação acessória de emissão de documento fiscal.

Transcreve Ementa e voto que atribui ao “Acórdão 0206-12/05”, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, e trecho de voto em que, em relação a falta de apresentação de arquivos magnéticos, foi aplicada a multa prevista no art. 42, inc. XX, letra “b”, da Lei nº 7.014/96, ao entendimento de que tratar-se-ia de exigência relacionada com as sucessivas intimações fiscais dirigidas ao contribuinte e não atendidas em prazo razoável. Afirma que sua situação seria similar, e em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, a entende que seria razoável a redução da multa aplicada pela infração reportada no Auto de Infração para aquela prevista no inciso XX, letra “b” do mesmo artigo, como forma de realizar justiça fiscal.

Afirma que em caso que afirma seria análogo, no Acórdão CJF nº 0026-12/08 este Conselho entendeu que a multa aplicada seria desproporcional, portanto, excessiva, e a reduziu, diante da boa-fé pela ausência de diferença a ser recolhida a título de ICMS e porque sempre foram entregues os documentos fiscais (livros de entrada e saída, DAES, etc.) à Fiscalização.

O recorrente aduz que esta desproporcionalidade da multa aplicada ficaria patente quando se verifica que a multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no montante de 1% do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, aplica-se somente ao “*não fornecimento mediante intimação, do*



*respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura”.*

Que no caso do lançamento impugnado, apesar de constar no Auto de Infração como falta de entrega de arquivo magnético, dando a entender que ele, Recorrente, não entregou os arquivos por completo, percebe-se que todas as intimações somente foram para entregar o arquivo do Registro 74 (referente a estoque inicial e estoque final), razão pela qual entende que não se poderia falar em não fornecimento de arquivo magnético contendo a “*totalidade das operações de entrada e de saída, em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura*”.

Que a Fiscalização Tributária não poderia tratar uma infração por outra, e a auditoria realizada na ação fiscal seria, neste ponto, incorreta e insegura, porque a descrição dos fatos, tampouco o direito invocado, não coincidiria com a realidade, inviabilizando, de plano, o pleno exercício do direito de defesa da Recorrente.

Cita o Acórdão nº 0324-04/04, no qual declarada nula imputação em que houvera mudança de fulcro da autuação.

Cita o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, e requer o cancelamento da infração aplicada pelo Auto de Infração ora combatido ou a sua redução, tomando-se como parâmetro o valor de multa estipulado no art. 42, inciso XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, previsto para o não atendimento de intimação no curso da fiscalização.

Conclui pedindo o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário interposto, com a revisão da base de cálculo da Infração 2 alegando que algumas mercadorias mencionadas no anexo 02A e 02B da autuação como excluídas do Anexo 5-A do RICMS/97/BA, estariam por ele contempladas, razão pela qual não poderiam compor a base de cálculo da infração, e o cancelamento, ou redução, da multa aplicada referente às infrações 04 e 05.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 493 a 495 aduzindo que as razões recursais não visam a elidir as infrações apuradas no lançamento e são insuficientes para modificar a Decisão recorrida.

Que quanto à Infração 2, o recorrente reprisa a alegação de que algumas mercadorias estão contempladas no Anexo 5-A do RICMS/BA/97, mas o código NCM das mercadorias objeto da autuação foram obtidos através das notas fiscais de entradas das mercadorias, não cabendo enquadramento diverso daquele especificado nos documentos fiscais.

Quanto às infrações 4 e 5, o recorrente requer o cancelamento, ou redução, das multas aplicadas. A Procuradora discorre acerca da finalidade da sanção administrativa, de critério para aferição do conceito de razoabilidade, princípio da capacidade contributiva, confisco, cita a Constituição da República e textos da doutrina, concluindo que as multas estão adequadas às infrações apuradas e foram aplicadas em vista da Lei nº 7.014/96, que as instituiu.

Conclui opinando pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Em sustentação oral na assentada de julgamento a empresa, por intermédio de seu Advogado, reiterou os termos do apelo recursal, discorrendo a respeito.

A Representante da PGE/PROFIS presente à sessão, Procuradora Maria José Ramos Coelho Lins Sento-Sé, opinou no sentido do provimento parcial do Recurso Voluntário, especificamente quanto a procedência parcial da acusação 2, diante do quanto debatido em mesa e considerando também que a velocidade da evolução do setor de informática não é de pronto acompanhada pela legislação em vigor.

Quanto às infrações 4 e 5, acompanha os termos do Parecer PGE/PROFIS constante nos autos.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às acusações 2, 4 e 5 do Auto de Infração.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade parcial do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas na data da cientificação a lavratura do Auto de Infração e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, e da irrisignação quanto à aplicação da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto às multas por descumprimento de obrigação principal, este Contencioso não tem competência legal para seu cancelamento, ou redução.

No mérito, *data maxima venia* em parte merece reparo a Decisão recorrida.

No que tange à imputação 2, esta trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente a operações internas com produtos cujas NCM não estão indicados no Anexo 5-A previsto no inciso V do art. 87 do RICMS/BA/97, fatos ocorridos no período de janeiro/2009 a dezembro/2010. As mercadorias objeto da exação estão discriminadas pelo Fisco às fls. 27 a 35, as notas fiscais estão colacionadas às fls. 36 a 65, e cópias de livros fiscais do contribuinte às fls. 66 a 141.

Prevía o RICMS/BA/97, à data dos fatos geradores alvo da acusação fiscal (janeiro/2009 a dezembro/2010):

*RICMS/BA/97:*

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%; (Redação dada pela Alteração nº 117 (Decreto nº 11470, de 18/03/09, DOE de 19/03/09), efeitos a partir de 01/04/09)*

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%; (Redação anterior dada pela Alteração nº 112 (Decreto nº 11396, de 30/12/08, DOE de 31/12/08), efeitos de 01/02/09 a 31/03/09).*

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para*

armazenamento de dados e impressão, indicados no **Anexo 5-A**, em 58,825%, de forma que a **carga tributária incidente corresponda a 7%**; (Redação anterior dada pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), efeitos de 12/04/07 a 31/01/09).  
(destaques nossos)

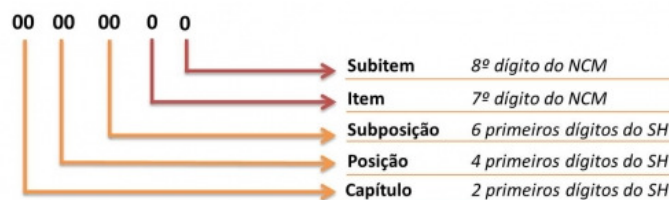
Este mencionado Anexo 5-A do então vigente RICMS/BA/97 trata de aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS.

No Anexo 5-A as mercadorias estão discriminadas em colunas com códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM e respectiva descrição.

A NCM foi adotada em janeiro de 1995 pelos Países membros do Mercosul e tem como base o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias – SH, que é um método internacional de classificação de mercadorias que contém uma estrutura de códigos com a descrição de características específicas dos produtos.

Este código da NCM possui oito dígitos estabelecidos pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias.

Dos oito dígitos que compõem a NCM, os seis primeiros são classificações do SH, e os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul, conforme exposto a seguir:



Fonte: <http://www.significados.com.br/ncm/>

No Brasil, no sítio da receita federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/Aduana/TabelaTec/Introducao.htm>) constam as “Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado”, assim discriminadas:

#### REGRAS GERAIS PARA INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA HARMONIZADO

A classificação das mercadorias na Nomenclatura rege-se pelas seguintes regras:

1. Os títulos das Seções, Capítulos e Subcapítulos têm apenas valor indicativo. **Para os efeitos legais, a classificação é determinada pelos textos das posições e das Notas de Seção e de Capítulo e, desde que não sejam contrárias aos textos das referidas posições e Notas, pelas Regras seguintes.**

(...)

3. **Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2-“b” ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:**

a) A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas. Todavia, quando duas ou mais posições se referirem, cada uma delas, a apenas uma parte das matérias constitutivas de um produto misturado ou de um artigo composto, ou a apenas um dos componentes de sortidos acondicionados para venda a retalho, tais posições devem considerar-se, em relação a esses produtos ou artigos, como igualmente específicas, ainda que uma delas apresente uma descrição mais precisa ou completa da mercadoria.

(...)

c) Nos casos em que as Regras 3-“a” e 3-“b” não permitam efetuar a classificação, a mercadoria classifica-se na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

4. As mercadorias que não possam ser classificadas por aplicação das Regras acima enunciadas classificam-se na posição correspondente aos artigos mais semelhantes.

(...)

6. A classificação de mercadorias nas subposições de uma mesma posição é determinada, para efeitos legais, pelos textos dessas subposições e das Notas de Subposição respectivas, assim como, “mutatis mutandis”, pelas Regras precedentes, entendendo-se que apenas são comparáveis subposições do mesmo nível. Para os fins da presente Regra, as Notas de Seção e de Capítulo são também aplicáveis, salvo disposições em contrário.

(destaques nossos)

Assim, conforme item 1 das Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado, neste voto transcrito, para classificação de uma determinada mercadoria faz-se imprescindível, a princípio, apenas os seis primeiros dígitos do código NCM. Que são referentes, respectivamente, a Capítulo (dois primeiros dígitos) e Posição (quatro dígitos seguintes).

Neste sentido, uma vez que a descrição do item constante no demonstrativo fiscal de fls. 27 a 35 seja compatível com o quanto descrito em determinado código NCM, tal descrição deve ser considerada, e também deve-se atentar para a coincidência dos seis primeiros dígitos do mesmo código NCM/SH.

Alguns códigos NCM trazem como descrição da mercadoria o vocábulo “Outros”, indicando uma descrição genérica que, em alguns casos, foi equivocadamente adotada pelo emitente dos documentos fiscais, mas quando a descrição da mercadoria no levantamento fiscal realizado pelo contribuinte evidencia tratar-se do mesmo item que consta no Anexo 5-A do RICMS/BA/97, faz-se mister também excluir tal mercadoria do levantamento fiscal realizado, a exemplo da mercadoria descrita como “HUB USB 2.0 4P C/ FONTE”, posto que trata-se de “Distribuidores de conexões para rede (hubs)”, sendo a mesma mercadoria, ainda que o fornecedor tenha indicado o código NCM equivocado, no documento fiscal que emitiu.

Porém não assiste razão ao contribuinte quando pretende, por exemplo, generalização que admita que mercadorias descritas como “fonte” nos documentos fiscais sejam equiparados a “no-breaks”, estes constando no Anexo 5-A, posto que não se trata da mesma mercadoria, e têm finalidade e usos distintos.

Assim observado verifico que, em parte, de fato o contribuinte, à exceção de um produto, não indica mercadoria com código NCM integralmente idêntico àquele para o qual a legislação permite redução de base de cálculo. Porém assiste razão ao contribuinte no sentido de que parte das mercadorias elencadas pelo Fisco faz jus ao benefício da redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso V, do então vigente RICMS/BA/97.

Pelo exposto, compulsando os autos, em especial os demonstrativos de fls. 27 a 35, constato que alguns dos itens listados pelo Fisco devem ser excluídos do levantamento fiscal, conforme detalho a seguir, correlacionando descrição da mercadoria e código NCM, respectivamente, a mercadoria tal como descrita no levantamento fiscal realizado e no Anexo 5-A do RICMS/BA/97, e respectivos códigos NCM:

DESCRIÇÃO NO LEVANT. FISCAL	NCM LEV. FISCAL	NCM ANEXO 5-A	DESCRIÇÃO NO ANEXO 5-A
COOLER SPIRE COOLFLOW II	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
COOLER P/ GABINETE	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
COOLER P4 INTEL 775	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
COOLER P/ GABINETE 80X90X25 DG 12846	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
COOLER P/ GABINETE 120X120	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
COOLER AMD	8414.59.90	8414.59.10	Miniventiladores para montagem de microcomputadores
HUB USB 2.0 4P C/ FONTE	8504.40.90 (Outros)	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH – 08 PORTAS 10/100 – RJ45	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH 24 PORTAS	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH 3COM 8 PORTAS GIGABIT	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH 3COM 4200G 12PORTAS	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH BASELINE 24PORTAS3COM	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH BASELINE	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para

28PORTAS3COM			rede (hubs)
SWITCH BASEL 24PR PLUS 2928 10/100/1000	8517.62.39	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH DELL BROCADE 300E	8517.62.54	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SWITCH GER FE 2P FO	8517.62.59	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
TRANSCEIVER 1000 BASE-SX SFP	8517.62.94	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
GATEWAY ANYBUS COMMUNICATOR-ABC-PDP	8517.62.94	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
SERV.IMP. 2 PAR +1 USB DP300 D-LINK	8517.62.59	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
CONVERSOR TRENDNET 10/100 TX TFC-110MSC	8517.62.99	8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
REFIL PARA FAX BROTHER 575	853650.90 (Outros)	4811	Bobinas térmicas para uso nos aparelhos de fax e impressoras de automação comercial, inclusive as impressoras fiscais
<b>ROTEADOR WRT54G2-BR WIRELESS-G</b>	8525.20.89	8517.62.4	<b>Roteadores digitais</b> , em redes com ou <b>sem fio</b>
PEN DRIVE 8 GB KINGSTON	8523.51.90	8523.51	Dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores
PEN DRIVE 32 GB KINGSTON	8523.51.90	8523.51	Dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores
PEN DRIVE 8 GB	8523.51.90	8523.51	Dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores

Por conseguinte, em conformidade com as Regras Gerais para a Interpretação do Sistema Harmonizado – NCM/SH, que estabelecem as normas de classificação das mercadorias na Nomenclatura, uma vez que idênticos os seis primeiros algarismos do código NCM, que são concernentes a Capítulo, Posição e Subposição, e considerando-se também a descrição do item de informática no levantamento fiscal realizado, e sua utilização de conhecimento público, então com a exclusão de tais itens dos demonstrativos fiscais, resta procedente em parte a Infração 02, no valor histórico de ICMS de R\$12.355,26, conforme demonstrativo de débito que elaboro a seguir:

DATA OCORRÊNCIA	ICMS
31/01/2009	214,31
28/02/2009	235,70
31/03/2009	117,77
30/04/2009	316,40
31/05/2009	105,38
30/06/2009	187,67
31/07/2009	77,20
31/08/2009	304,21
30/09/2009	180,42
31/10/2009	53,40
30/11/2009	209,84
31/12/2009	0,00
31/01/2010	86,90
28/02/2010	32,20
31/03/2010	370,92
30/04/2010	8.917,37
31/05/2010	119,16
30/06/2010	79,00
31/07/2010	142,92
31/08/2010	247,97
30/09/2010	23,80
31/10/2010	265,97
30/11/2010	60,25

31/12/2010	6,50
TOTAL	12.355,26

Pelo exposto, voto no sentido da procedência parcial da Infração 2, com o débito de ICMS no valor histórico de R\$12.355,26, acrescido da multa de 60%.

A acusação 4 cuida de multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. Período de janeiro/2009 a dezembro/2010. Demonstrativo fiscal às fls. 148 e 154; documentos às fls. 155 a 272. Multa no valor de R\$61.714,83. Observo que a obrigatoriedade de recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96:

*Lei nº 7.014/96:*

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - isenção;*

*II - não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*

E prevê o §1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

*Lei nº 7.014/96:*

*Art. 42.*

*§1º. No caso de o contribuinte sujeito ao Regime Normal de Apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher 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”.*

Voto no sentido da manutenção da JJF quanto à procedência da Infração 04.

Quanto à Infração 05, referente a falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, tendo sido a empresa intimada a retificar as informações do registro 74 nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e de 2010, observo que melhor sorte não tem o recorrente, posto que o Termo de Intimação às fls. 283 e 284, com data de cientificação ao contribuinte em 24/09/2013 (terça-feira), prazo de trinta dias para atendimento, por conseguinte termo inicial do prazo em 25/09/2013 (quarta-feira), e termo final na data de 24/10/2013 (quinta-feira), este termo está acompanhado de listagem diagnóstico às fls. 285 a 295. Foi concedido ao intimado o prazo de trinta dias para correção das inconsistências discriminadas pelo Fisco na mencionada intimação. O demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal está às fls. 274 e 275. Ou seja, o contribuinte foi acusado de não entregar ao Fisco, quando para tanto intimado, os arquivos magnéticos devidamente corrigidos.

Não se trata de multa por falta de envio mensal de arquivo magnético. O contribuinte enviou os arquivos a esta SEFAZ, e o fez de forma incorreta, ou seja, enviou arquivos com dados inconsistentes. O Fisco, detectando esta irregularidade, intimou o sujeito passivo para corrigir os erros dos arquivos enviados mensalmente. Os erros dos arquivos magnéticos foram verificados exatamente a partir da escrita fiscal do contribuinte, posto que os dados de parte dos registros de seus arquivos magnéticos não espelhavam, e deveriam rigorosamente espelhar, os dados que o contribuinte escriturou em seu livro Registro de Inventário.

Ou seja, o livro Registro de Inventário que o contribuinte apresentou ao Fisco comprova que há irregularidade a ser corrigida. Não comprova que o Fisco poderia efetivar roteiros de auditoria

fiscal utilizando tal livro fiscal, ou utilizando os arquivos magnéticos que contêm dados inexatos. Pelo contrário, a escrita fiscal comprova a irregularidade quando ao cumprimento da obrigação acessória de informação correta de dados nos arquivos magnéticos que devem ser enviados mensalmente a esta SEFAZ, por força do Convênio ICMS 57/95 e legislação correlata.

Resta caracterizada a infração.

Por outro lado, quanto ao argumento, levantado pelo sujeito passivo, no sentido de que na Infração 5 não estaria caracterizado o dolo, ou má-fé, do contribuinte, observo que o contribuinte, não apenas durante uma ocasião isolada, mas durante o período objeto da apuração fiscal, continuamente deixou de declarar corretamente os dados fiscais nos registros dos seus arquivos magnéticos, situação esta comprovada nos autos deste processo.

Com este procedimento retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da totalidade das operações que praticou, e do estoque que possuía ao encerrar seu exercício fiscal.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto relativo às operações que praticou teria sido regularmente recolhido ao erário. Observo que inexistente comprovação de falta de pagamento de imposto ao erário, nos autos deste processo, pelo que igualmente inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela Decisão de primeiro grau.

Pontuo que a multa objeto de redução no Acórdão mencionado pelo contribuinte foi aplicada em razão de descumprimento de obrigação tributária acessória diversa da que é analisada neste julgamento, e ademais Decisão de outra lide não vincula, necessariamente, outra Decisão, mesmo se em situação similar, o sequer caracteriza-se no caso concreto.

Contudo, deve ser retificada a data de ocorrência lançada para esta imputação no Auto de Infração, porque o descumprimento da obrigação tributária acessória aconteceu no dia seguinte ao do termo final do prazo que lhe fora concedido. Por conseguinte, ocorreu em 25/10/2015 (sexta-feira).

Voto pela manutenção da Decisão *a quo* no sentido da manutenção da multa relativa à Infração 05, tal como indicada no Auto de Infração, corrigindo a data de ocorrência lançada de ofício, de 31/10/2013, para 25/10/2013.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos e intimado o contribuinte para recolher o ICMS no valor histórico de R\$15.609,71, acrescido da multa de 60%, e dos acréscimos legais, além das multa pecuniária no valor histórico de R\$61.714,83 e por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$15.778,28, devendo ser corrigida para 25/10/2013 a data de ocorrência da Infração 05, consoante já analisado neste meu voto.

#### **VOTO DISCORDANTE (Infrações 04 e 05)**

Em que pese o sempre abalizado voto da d.Conselheira Relatora, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto as infrações 4 e 5, por entender que, no caso em concreto, elas devem ser reduzidas em nome da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Recurso Voluntário tem como cerne o pleito de redução da infração 4, que versa a respeito de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, mas que foi posteriormente pago sob o regime de apuração normal, quando das saídas das mercadorias.

Compulsando os autos, creio que merece guarida a tese recursal para que se promova a reforma da decisão de piso.

Primeiramente, externo o meu entendimento quanto à natureza acessória do fato que deu azo a autuação vergastada.

Para mim, não há dúvida de que a presente infração se trata de uma multa por descumprimento de obrigação acessória pela mera intempestividade do pagamento do imposto, no incrível percentual de 60%, e não pela falta do pagamento do mesmo, pois, como apontado pela própria fiscalização, não há cobrança de nenhum valor a título de ICMS antecipação parcial neste item da autuação, mas tão somente a falta do pagamento do ICMS antecipação na data regulamentar prevista.

Assim, deixo claro que a multa lançada é decorrente pelo descumprimento de uma simples obrigação acessória.

Entretanto, caso houvesse dúvida na capitulação da obrigação, se principal ou acessória, percebo que, por força do quanto disposto no art. 112 do CTN, deveríamos fazer a interpretação da norma tributária de maneira mais favorável ao acusado, de acordo o princípio da interpretação benigna.

Pela sua pertinência, faço a transcrição do citado dispositivo:

*“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidade, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*

*I – à capitulação legal do fato;*

*II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.”*

Ora, se o imposto por antecipação foi pago na saída, qual é a obrigação principal que permanece descumprida e que enseja a aplicação de multa de 60%? Só porque a obrigação foi adimplida fora do prazo, o Contribuinte deve ser penalizado com tão elevada multa, destoante do previsto no próprio ordenamento jurídico para situações similares?

Creio veementemente que não.

Quadra apontar que, nos casos de pagamento fora do tempo, nas obrigações com o ICMS sob o Regime Normal de Apuração, o próprio COTEB, a Lei Estadual nº 3.956/81, estabelece índices de correção sobre os débitos tributários que variam de 2% a 12%, conforme disposição legal abaixo transcrita:

*Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:*

*I - se declarados espontaneamente:*

*a) atraso de até 15 (quinze) dias: 2% (dois por cento);*

*b) atraso de 16 (dezesseis) dias até 30 (trinta) dias: 4% (quatro por cento);*

*c) atraso de 31 (trinta e um) dias até 60 (sessenta) dias: 8% (oito por cento);*

*d) atraso de 61 (sessenta e um) dias até 90 (noventa) dias: 12% (doze por cento);*

*e) atraso superior a 90 (noventa) dias: 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte ao atraso de 90 (noventa) dias, cumulado do percentual previsto na alínea anterior;*

Portanto, não há espaço para interpretar a norma prevista no art. 42, II, ‘f’, como uma penalidade por descumprimento de obrigação principal, visto que o principal já está pago!



*Mutatis mutandis*, por se tratar de uma *aberratio finis legis* (afastamento da finalidade da lei), entendo ser necessário que este colegiado faça certas ponderações sobre a situação vivida nos autos para que não se trate situações iguais de maneira desiguais.

É exatamente por estes importantes aspectos acima alinhavados que entendo ser aplicável o quanto previsto no art. 158 do RAPF/BA que assim dispõe:

*Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

Também devemos nos lembrar, que o art. 42, §7º da Lei Estadual nº 7.014/96 tem regramento no mesmo sentido, conforme abaixo 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.*

Pela análise dos fatos que cercam este procedimento administrativo, atento novamente para o fundamental aspecto de que a obrigação principal já foi adimplida, antes do presente lançamento tributário, sem que houvesse comprovação de dolo ou intenção de burlar o Fisco, quanto a falta de pagamento do imposto devido na antecipação.

Aliás, devido à natureza, variedade e quantidade de mercadorias comercializadas pelo Contribuinte, conjugada com a complicação quanto ao correto enquadramento tributário de cada uma delas, sei que mesmo as empresas maiores, que possuem maior capacidade administrativa, cometem equívocos no recolhimento da antecipação tributária. Devemos nos lembrar que a antecipação tributária é uma técnica empregada para melhorar e agilizar a fiscalização por parte do Estado, mas que, via de regra, demanda o respeito a uma série de normas instrumentais e códigos de produtos que se alteram quase que diariamente em face de inúmeros protocolos e convênios estabelecidos pelo entes tributantes.

Torno a repetir que, no presente caso, o imposto devido por antecipação já foi recolhido nas saídas, como aponta a própria fiscalização, e o prejuízo ao Erário pelo cumprimento da obrigação a destempo ou foi de pequena monta ou não existiu, sendo então desproporcional ao valor ora cobrado.

Diante dessa situação, caso se mantenha a exação nos termos propostos no Auto de Infração, pode-se até perquirir um verdadeiro bis in idem ou enriquecimento ilícito do Fisco Estadual, em futuros questionamentos judiciais, com custas e ônus sucumbenciais provavelmente desfavoráveis ao Estado.

Tenho por certo, que a norma insculpida no art. 42, II, 'f' não se coaduna com a interpretação sistemática do direito posto. Vale lembrar que regras tributárias com a mesma finalidade, de coibir o pagamento a destempo, prevêm penalidades muito mais brandas, como acima já apontado, sendo pertinente a intervenção do julgador para que se alcance a justiça fiscal no presente caso.

Por outro lado, entendo que não é o objetivo do Estado arrecadar através de multas, mas sim cobrar os impostos devidos e fiscalizar todas as empresas para que se mantenha igualdade a concorrência no mesmo patamar de igualdade, cabendo a este Colegiado, de igual forma, corrigir as distorções vivenciadas pela nossa legislação, como esta que agora discutimos.

Passo para análise da infração 5, que tem como base a falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação.

Mais uma vez não vejo a devida proporcionalidade entre a situação vivenciada nos

autos e a infração lançada, motivo pelo qual, creio que deve também ser abrandada por este Colegiado, para que se atinja a justiça fiscal.

Pois bem.

Nesta toada, julgo Procedente o Recurso Voluntário apresentado, reduzindo a multa originalmente proposta para 10% do valor histórico, consoante o art. 158 do RPAF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180461.0005/13-7**, lavrado contra **DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.609,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pecuniárias no valor de **R\$61.714,83** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15.778,28**, previstas nos incisos II, "d", XI e XIII-A, "j", do mesmo diploma legal citado, sendo a última alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 4) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos Santana, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE (Infração 4) – Conselheiro: Rodrigo Lauande Pimentel.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos de Santana e Rosany Nunes de Mello Nascimento.

VOTO DISCORDANTE (Infração 5) – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel e Rubens Bezerra Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

RODRIGO LAUANDE PIMENTAL – VOTO DISCORDANTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS