

AI Nº	- 206908.0070/12-2
AUTUADO	- EXPAND GROUP DO BRASIL S/A
AUTUANTE	- ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO ROCHA
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
INTERNET	- 10.03.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0012-02/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. a) DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Tendo a obrigação legal de lançar os créditos e débitos relativos às operações de entrada e saída de seu estabelecimento, não pode, o sujeito passivo, adotar uma atitude meramente revisora do procedimento levado a termo pela autoridade fiscal, pois possui o ônus processual de apontar os montantes de tributo devidos. Isso porque a desconstituição do lançamento de ofício não pode ser declarada sem que se aponte quais valores deveriam prevalecer, sob pena de se incorrer em grave injustiça fiscal, privilegiando o infrator confesso, o qual sentir-se-ia estimulado a manter-se em situação de inércia. Acatadas as razões defensivas. O autuante fez uso de documentos emitidos pela própria autuada, o que se revelou necessário na ausência de outra informação. Caberia à autuada apresentar elementos documentais que evidenciassem a inadequação do procedimento fiscal, sem o que o seu questionamento não encontra amparo. Presentes os requisitos legais, a fiscalização fez uso de uma metodologia que se revelou adequada a dar conta da apuração do imposto devido. Infração caracterizada; **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS. Presentes os requisitos legais, a fiscalização fez uso de uma metodologia que se revelou adequada a dar conta da apuração do imposto devido. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente elidida; **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. MULTA.** Não pode o autuante fazer incidir a multa de 1% sobre a totalidade dos arquivos, o que somente se revela viável na medida em que esse montante se apresente inferior aos 5% sobre a parte das operações omitidas. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/11/2012, exige créditos tributários no valor de R\$126.639,26, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de

janeiro, março e maio a novembro de 2008, e outubro a dezembro de 2009. Valor do imposto: R\$48.268,45. Multa proposta de 60%. Consta que “Na escrituração do Livro RICMS o contribuinte não apura o Imposto, feito o refazimento do Livro Registro de Apuração com base nas DMAs e os Arquivos Magnéticos do Síntegra”;

Infração 02: 03.01.04 - Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro e abril de 2008, e janeiro a outubro de 2009. Valor do imposto: R\$ 25.005,13. Multa proposta de 60%. Consta que “Diferença do ICMS apurada entre os valores informados nas DMAs e nas DMAs retificadoras, todas em confronto com os (sic) os valores objeto de Débito Declarado”;

Infração 03: 16.12.26 - Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009. Valor da multa: R\$ 53.365,68. Consta que “O valor da Base de Cálculo já encontra-se calculado na limitação de 1%. O valor da multa corresponde a 1% dos valores das Operações de Saída”.

Constam dos autos: 1) intimação para apresentação de livros e documentos (folha 06); 2) demonstrativos Auditoria do Conta Corrente 2008 (folha 07); 3) RAICMS elaborado pelo autuante 2008 (folhas 08 a 42); 4) demonstrativos Auditoria do Conta Corrente (folhas 43 a 45); 5) DMA's (folhas 46 a 69); 6) cópias do Livro RAICMS 2008 (folhas 70 a 107); 7) formulários INC Relação de DAE's ANO 2008 (folhas 108 a 116); 8) demonstrativo Auditoria do Conta Corrente 2009 (folha 117); 9) RAICMS elaborado pelo autuante 2009 (folhas 118 a 153); 10) demonstrativos Auditoria do Conta Corrente 2009 (folhas 154 a 156); 11) DMA's (folhas 157 a 180); 12) cópias do Livro RAICMS 2009 (folhas 181 a 217); 13) formulários INC Relação de DAE's ANO 2009 (folhas 218 a 226); 14) demonstrativos de débito (folhas 227 a 228); 15) DMA's (folhas 229 a 247); 16) formulários Análise de Arquivos Síntegra e Intimação para Correção de Inconsistências (folhas 248 a 251); 17) Relatórios DMA's consolidadas (folhas 252 a 253); 18) cópias do Livro Registro de Inventário (folhas 254 a 256); 19) Relatório de Cálculo das Omissões (folhas 257 a 274); 20) Relação dos arquivos recepcionados (folhas 275 a 293); 21) Termo de Revelia (folha 297); 22) Ofício da GECOB/Dívida Ativa (folha 298); 23) formulário INC Dados Cadastrais (folhas 299 a 300); 24) intimações da lavratura do AI e respectivos AR's (folhas 301 a 319); 25) solicitação de cópia do processo (folha 322); 26) impugnação (folhas 331 a 372); 27) informação fiscal (folhas 376 a 378); 28) ciência da informação fiscal e respectivo AR (folhas 379 a 380); 29) manifestação do contribuinte (folhas 382 a 409); 30) segunda informação fiscal (folha 410); 31) petição do sujeito passivo (folhas 420 a 442); 32) solicitação de diligência (folha 445); 33) conclusão da diligência (folhas 448 a 449); 34) ciência da diligência e respectivo AR (folhas 451 a 452); 35) manifestação do sujeito passivo (folhas 454 a 470); 36) terceira informação fiscal (folha 473).

A autuada apresenta impugnação às folhas 331 a 372, na qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Afirma, inicialmente, que, ao efetuar o lançamento ora impugnado, a autoridade administrativa não foi clara quanto a apuração efetiva do crédito tributário constituído, incorrendo em diversos vícios e omissões, o que afronta, segundo a defendente, os requisitos determinados pelo art. 142 do Código Tributário Nacional e gera, conseqüentemente, a nulidade da presente autuação.

Alega, ademais, que a aplicação das multas nas infrações 01 e 02, em 60% sobre o valor do imposto, não devem prevalecer, por serem manifestamente abusivas e inconstitucionais. De qualquer forma, na hipótese de manutenção do lançamento, afirma que a aplicação da multa de 60% (sessenta por cento) na infração 02, não deve prevalecer, tendo em vista que o dispositivo legal em que se fundamentou a referida sanção, qual seja, o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei Estadual nº 7.014/96, não aplica multa de 60%, mas sim de 50% (cinquenta por cento).

Preliminarmente, afirma que o auto de infração está em desacordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional, pois não se depreende, de forma clara, a origem da infração supostamente cometida pela impugnante.

Após fazer referência ao conceito de lançamento, definido pelo art. 142 do CTN, afirma que o lançamento impugnado não obedeceu o teor da norma citada, pois, argumenta, na infração 01, a autoridade fiscal utilizou critérios e valores sem qualquer base para a apuração do real crédito do ICMS. Prossegue, afirmando que, conforme se depreende da leitura da infração 01, a autoridade fiscal entendeu que a escrituração do Livro Registro de Apuração do ICMS não apurava o imposto devido, razão pela qual refez o referido livro entre as páginas 8 a 42 dos autos do processo administrativo. Ao final, a mesma autoridade fiscal procedeu a um “resumo” do livro com o relatório denominado “Auditoria da Conta Corrente do ICMS” na qual consigna todos os valores de entradas e todos os créditos fiscais da impugnante.

Relata que, segundo a própria autoridade fiscal, essa apuração foi feita com base na “Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA” e nos Arquivos Magnéticos do Sintegra. Todavia, argumenta, o que se observa é que os valores dos créditos fiscais mencionados nas tabelas “auditoria da conta corrente do ICMS” às fls. 43 e 154, e utilizados para a formalização da base de cálculo do imposto, não conferem com os valores declarados pela ora impugnante nas Declarações e Apurações Mensais do ICMS (DMA's) juntadas às fls. 46/67 e 175/180, bem como que não há qualquer informação nos documentos do Sintegra que justifiquem os créditos apontados.

Explica que, para elucidar a divergência entre os valores mencionados pela autoridade fiscal, elaborou uma tabela com base nos documentos juntados no próprio processo administrativo, conforme folha 336.

Ao analisar a tabela citada, afirma que é possível constatar que a empresa declarou nas suas DMA's que possuía R\$ 175.818,81 como crédito para fins de apuração do ICMS devido nas competências mencionadas na infração 01. Ressalta, contudo, que a autoridade fiscal somente considerou R\$ 146.897,04 na apuração do ICMS supostamente devido na infração 01, restando ainda como crédito em favor da empresa a quantia de R\$28.921,77.

Afirma que a inconsistência nos cálculos apurados pelo fiscal torna-se ainda mais evidente quando da comparação entre os critérios utilizados na infração 01 com os critérios utilizados na infração 02. Isso porque, explica, na apuração da infração 01 a autoridade fiscal não levou em consideração os créditos declarados pela impugnante nas DMA's, enquanto que na infração 02 efetivamente utilizou tais créditos (fls. 227), conforme tabela que apresenta à folha 337.

Ou seja, alega que, sem qualquer justificativa, a autoridade fiscal utilizou critérios diferentes para apuração do imposto devido. Enquanto na infração 02 a autoridade fiscal utilizou como critério o crédito apontado nas DMA's, na infração 01 não há qualquer evidência que explique a razão pela qual o crédito considerado é efetivamente menor do que aquele declarado na DMA.

Sendo assim, conclui que é evidente a nulidade do auto de infração ora impugnado, tendo em vista que não foi juntado ao processo administrativo qualquer documento que demonstre a origem dos “outros créditos” mencionados na tabela “auditoria da conta corrente do ICMS” (fls. 43 e 154) e utilizados para apuração da base de cálculo, bem como não há qualquer indício juntado aos autos que justifique o motivo pelo qual os critérios de apuração da infração 01 são distintos dos critérios utilizados na infração 02.

Alega, ademais, que a autoridade fiscal também está cobrando valores em duplicidade na infração 01, uma vez que parte dos supostos débitos apontados na competência 10/2009 são objeto de execução fiscal e parte está sendo cobrada na infração 02. Explica que a autoridade fiscal menciona no Demonstrativo de Débito, à fl. 245, que a quantia de R\$ 10.925,75, relativa ao ICMS declarado e não pago pela ora impugnante na competência 10/2009, é objeto do processo administrativo fiscal (PAF) nº 8500000561105 que, atualmente, está em fase de execução fiscal (doc. 06). Por outro lado, na infração 02 está sendo cobrada a quantia de R\$2.091,37 referente a

diferença entre o valor declarado pela ora impugnante na DMA retificadora (fls. 247) e o valor cobrado no PAF nº 8500000561105 (fls. 245 e doc. 06).

Sendo assim, conclui que, da quantia de R\$ 15.378,13, apurada na infração 01, R\$13.017,12 estão sendo cobrados em duplicidade, tornando nítida a nulidade do auto de infração, uma vez que o montante supostamente devido não foi calculado corretamente.

Argumenta, ainda, que o saldo remanescente do débito apurado na competência 10/2009 da infração 01 (R\$2.361,01) também não é devido, pois refere-se ao crédito declarado pela impugnante em DMA (fls. 247) e desconsiderado pela autoridade fiscal na tabela “auditoria da conta corrente do ICMS”, conforme tabela que apresenta.

Arremata, afirmando que, do montante cobrado na infração 01 relativo à competência 10/2009, R\$13.017,12 já se encontra em cobrança e o saldo remanescente (R\$2.363,95) refere-se ao valor apurado pela autoridade fiscal sem a apresentação de documentação comprobatória da sua origem, conforme explicado.

Diante disso, conclui que resta clara a nulidade do presente auto de infração, uma vez que o montante supostamente devido não foi apurado corretamente, conforme determinado no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Quanto à infração 03, após reproduzir o texto da alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, ressaltando o percentual de 5%, afirma que, no auto de infração, por sua vez, a autoridade fiscal declarou expressamente que a multa supostamente devida corresponde a 1% dos valores das operações de saída. Reproduz trecho da peça acusatória para comprovação do quanto alega.

Alega, no entanto, que, pela leitura do art. 42, XII-A, “i”, da Lei Estadual nº 7.014/96, o valor da multa deve ser calculado sobre o valor das operações supostamente omitidas pelo contribuinte, sendo que o limite da referida multa corresponde a 1% do valor total das operações de saída realizadas em cada período.

Vale dizer, explica, que a autoridade fiscal fez tal observação no auto de infração ao afirmar que a multa é calculada “sobre o valor das operações ou prestações omitidas”. Ocorre que a autoridade fiscal não mencionou qual o valor total das operações supostamente omitidas pela ora impugnante para que só então pudesse concluir pela aplicação da limitação em 1% do valor total das operações de saída realizadas nos exercícios de 2008 e 2009.

Ou seja, a multa aplicada sobre o valor das operações omitidas pode ser menor do que o limite estipulado no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei Estadual nº 7.014/96 (1% do valor total das operações de saída), razão pela qual o montante apontado na infração 03 estaria incorreto.

Transcreve o texto do § 2º do art. 129, do Decreto Estadual nº 7.629/99, para apoiar a idéia de que é requisito do auto de infração a juntada dos demonstrativos e levantamentos indispensáveis para o esclarecimento dos fatos. Assim, para que o auto de infração tenha validade e produza efeitos no mundo jurídico, conclui que ele deve conter todos os elementos que lhes forem essenciais, dentre eles a devida comprovação da origem dos supostos débitos.

Contudo, argumenta que, ao analisar os autos do processo administrativo é possível constatar que a autoridade fiscal não juntou qualquer documento que demonstre o valor das operações supostamente omitidas pela impugnante, sendo que sequer foram enumeradas as notas fiscais referentes a tais operações de saída, fato que demonstra, segundo a defendente, a notória ofensa ao art. 142 do Código Tributário Nacional, bem como impossibilita a apresentação de defesa pela impugnante.

Colaciona a Doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, para apoiar a idéia de que a autoridade deve estabelecer uma correlação lógica entre “os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta com a lei que lhe serviu de arrimo”.

Todavia, como destacado acima, alega que a fiscalização não demonstrou, de forma clara e evidente, a origem dos valores que justificaram a infração supostamente cometida. Dessa forma, afirma que é forçoso concluir que a lavratura do presente auto de infração padece de nulidade absoluta, conforme previsto art. 142 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que a impugnante não possui todos os elementos necessários para compreender a origem do suposto débito, muito menos seu cálculo, violando, portanto, o seu direito constitucional à ampla defesa.

Caso esse não seja o entendimento deste Órgão Julgador, afirma que as multas de 60% sobre o valor do imposto aplicadas nas infrações 01 e 02 não devem prevalecer, vez que ofendem aos princípios constitucionais da moralidade, da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade. Isso em decorrência do excesso incorrido pela autoridade administrativa, que impôs à impugnante o pagamento de multa elevadíssima, segundo o ponto de vista da defendente.

Arremata a sua peça defensiva, concluindo que, ao assim agir, a autoridade administrativa acabou por ofender ao princípio da moralidade administrativa, cuja observância está pautada no art. 37 da Constituição Federal, pois o valor cobrado a título de multa se perfaz em 60% do valor da exação exigida, restando indiscutível a desproporcionalidade e irrazoabilidade do ato administrativo refutado.

Em suma, alega que o lançamento ora guerreado deve ser julgado improcedente, para que prevaleçam os princípios da moralidade e razoabilidade, pois o valor cobrado afigura-se desproporcional, dotado de contornos singulares com fins outros que não o de penalizar a impugnante, revelando-se completamente inconstitucional e imoral.

Além disso, alega que a multa aplicada é patentemente confiscatória, na medida em que supera a metade do tributo cobrado, violando o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, que determina ser vedado ao Estado utilizar tributo com efeito de confisco, pois argumenta que a multa aplicada no presente caso é tipo de penalidade pecuniária que busca compensar o possível dano causado pelo contribuinte ao Estado com a prática da infração. No entanto, quando a multa é fixada em valor excessivo, tal penalidade toma caráter de ato confiscatório e desvia da sua finalidade, impondo-se seu afastamento. Transcreve a jurisprudência do STF em apoio ao seu ponto de vista. Colaciona, ainda, a doutrina de Guilherme Cezaroti, em apoio ao seu ponto de vista.

Conclui, portanto, que resta evidente que aplicação da multa no valor de 60% sobre o valor atualizado do imposto supostamente devido é totalmente ilegítima, razão pela qual mister se faz o seu afastamento.

Faz referência à norma prevista no art. 45, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96 (a qual prevê redução de 70% do valor da multa, caso o pagamento do suposto débito fosse efetuado até 30 dias da intimação) para, a seguir, concluir que se a impugnante não poderia ser punida por discutir o débito em questão na via administrativa, como ocorrerá com a apresentação da presente defesa, ela perderia a redução de multa concedida nos presentes autos. Explica que o exercício do contraditório, por intermédio da apresentação da defesa administrativa, constitui-se um direito da impugnante assegurado pelo texto constitucional, não sendo lícito que ela seja onerada pelo simples fato de ter exercido esse direito.

Assim, assevera que deve ser mantida a redução da multa prevista no art. 45, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, mesmo após a apresentação da presente defesa, e caso esta não seja acolhida.

Diante do exposto, requer a impugnante, seja declarado nulo o presente auto de infração, diante do descumprimento do disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional e no § 2º do art. 129 do Decreto Estadual nº 7.629/99. Subsidiariamente, caso não seja este o entendimento dessa corte, requer a redução da multa aplicada, visto que é totalmente desproporcional e irrazoável em razão do seu caráter confiscatório, bem como a manutenção do desconto do valor da multa em caso de pagamento após o término do presente processo administrativo.

Protesta ainda a impugnante, pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, bem como pela posterior juntada de documentos, inclusive aqueles que a autoridade julgadora entender necessários.

Por fim, requer que todas as intimações e avisos sejam feitas no endereço da filial da impugnante, bem como no endereço dos seus procuradores, conforme indica.

Nestes termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 376 a 378, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à infração 01, afirma que o contribuinte não faz a apuração do imposto no livro Registro de Apuração, conforme cópia do livro Registro Apuração Fls. 70 a 107, para exercício 2008, e Fls. 182 a 217, para o exercício 2009. Afirma que assim o contribuinte procede, sem apurar, portanto, e sem dizer quanto lança a título de “Outros Créditos”, registrando-os apenas nas DMA’s e sem a devida transparência.

Tal conduta, assevera, não lhe deixou outra alternativa a não ser fazer o refazimento deste Livro de Apuração com dados obtidos nos Arquivos Magnéticos, nas DMA’s apresentadas e calculando a título de “Outros Créditos” o que realmente foi pago ao Estado conforme “Relação de DAE’s”, conforme Folhas 108 a 116 (no ano de 2008) e Folhas 218 a 226 (no ano de 2009).

Explica que, com os dados citados, promoveu o refazimento do Livro de Apuração do ICMS, apresentado neste processo às Folhas 08 a 42 (para 2008) e folhas 118 a 153 (para 2009). Elaborou, igualmente, o demonstrativo de débito Fl. 7, para o exercício de 2008 e Fl.117 para 2009.

Quanto à Infração 02, afirma que, para que não haja dúvidas sobre esta Infração, deixa claro que os valores contidos no lançamento foram levantados conforme o demonstrativo da Infração 01 e só não estão sendo cobrados na primeira Infração, porque a empresa declarou outros valores nas DMA’s. Como não houve recolhimento, foram, cobrados como “Débito Declarado”. Esclarece, portanto, que nesta infração 02 está cobrando a diferença do Débito Declarado para o devido, conforme demonstrativos de Fls. 228 a 247 e resumo do débito Fl. 227.

Observa que, desde já, solicita correção para esta Infração, pois admite que cometeu um erro em incluir o mês de Outubro de 2009, já que o mesmo foi cobrado na Infração I.

Apresenta planilha, recalculando os valores dessa infração e reduzindo o montante cobrado de R\$ 25.005,13 para R\$ 22.913,76, conforme folha 378. Ressalta que os números apresentados no demonstrativo de débito do AI referem-se à base de cálculo do ICMS.

Quanto à Infração 03, explica que o contribuinte foi autuado pelo não cumprimento ao Art. 708 do RICMS/BA - Dec. 6.284/97 e aplicada multa de 1% do valor das saídas de mercadorias e prestações de serviços nos exercícios de 2008 e 2009 conforme Penalidade prevista: (alíneas “i” e “j”, do inciso XIII-A, do Art. 42 da Lei 7014/96).

Face a todo o exposto, pugna, seja o AI, ao final, julgado parcialmente procedente, contando apenas com a correção da infração 2.

Após ciência da informação produzida, a autuada apresentou nova manifestação às folhas 382 a 409, deduzindo as razões a seguir.

Após fazer referência à informação fiscal prestada pelo autuante, alega, no entanto, em que pesem os esclarecimentos prestados pelo agente fiscal às fls. 376/378, que não são eles suficientes para afastar todo o alegado em sua a impugnação que, desde já, reitera integralmente, sendo medida de rigor a decretação da nulidade do auto de infração em referência.

Reitera os argumentos já deduzidos em sede da sua contestação, especificamente a afirmação de que os créditos fiscais mencionados na tabela Auditoria da Conta Corrente do ICMS não conferem com os valores declarados pela empresa. Afirma que, tal fato, por si só, demonstra que os esclarecimentos prestados pelo agente fiscal não afastam os argumentos expostos pela ora autuada em sua impugnação, no sentido de que o auto de infração em referência afronta o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Ressalta, ademais, que os valores dos créditos fiscais apurados pelo agente fiscal nas competências de 05/2008 e 09/2008 sequer conferem com os valores apontados no livro Registro de Apuração do ICMS da autuada, o que apenas corrobora a manifesta nulidade do auto de infração aqui combatido. O que se conclui, por óbvio, é que, ao contrário do entendimento esboçado pelo agente fiscal, não há documentos no presente processo administrativo que justifiquem os valores dos créditos fiscais mencionados no auto de infração em comento, segundo a defendente.

Reproduz os números da tabela já apresentada quando da impugnação e reitera o pleito de decretação de nulidade da infração 01, pois não foi anexado qualquer documento Sinteгра que comprove a origem dos dados utilizados, conforme alega.

Quanto à infração 03 e à multa proposta pelo autuante, transcreve o texto do RICMS/BA, para afirmar que, na época dos supostos fatos geradores apontados no referido auto de infração, o art. 708 do RICMS já havia sido revogado pelo Decreto nº 7.886/00.

Ademais, afirma que, pela simples leitura do auto de infração aqui combatido, depreende-se que o agente fiscal havia enquadrado a infração descrita no item 03 nos artigos 686 e 708-B do RICMS e não no art. 708, razão pela qual as alegações da autoridade fiscal devem ser totalmente desconsideradas.

Transcreve a alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 para reiterar o ponto de vista já sustentado quando da impugnação. Explica que, de acordo com o auto de infração lavrado em 29/11/2012, o agente fiscal apontava como fundamento legal da penalidade apenas o art. 42, XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, uma vez que, conforme consta no caput da infração 03, a ora autuada “fornecer informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações”.

Ressalta que o próprio art. 708 da Lei 7.014/96, mencionado nas informações trazidas às fls. 376/378, assim como o art. 708-B do mesmo diploma legal, utilizado como fundamento legal no enquadramento da infração 03, trata da não apresentação dos arquivos magnéticos pelo contribuinte quando este for intimado a fazê-lo.

No entanto, conforme se constata na relação de arquivos magnéticos apresentado pelo agente fiscal às fls. 275/293 (coluna data de recebimento), a ora autuada efetuou todas as correções solicitadas nos termos de intimação às fls. 248/251, razões pela qual não há o que se falar em falta de entrega dos arquivos magnéticos solicitados e, conseqüentemente, na aplicação da alínea “j” do art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado, argumenta que, no que diz respeito à aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei Estadual nº 7.014/96, a ora autuada já demonstrou a ausência de elementos que pudessem identificar o valor total das operações supostamente omitidas. Reitera as razões já deduzidas na impugnação.

À folha 410, o autuante presta uma segunda informação fiscal, apenas reiterando os termos de sua informação fiscal.

À folha 444, a 2ª JJF, baixou o presente processo em diligência, com vistas a atender o que segue.

1. Relativamente à infração 01, elaborar um quadro demonstrativo da metodologia adotada para apuração dos montantes sob a rubrica “outros créditos”, indicando, inclusive os DAE’s que foram considerados na obtenção do somatório total em cada um dos meses autuados;
2. Relativamente à infração 03, elaborar um quadro demonstrativo, explicitando a metodologia utilizada para apuração da base de cálculo da multa, indicando, inclusive o total das saídas omitidas, bem como o limite de 1% das saídas totais em cada um dos períodos.

Às folhas 448 a 449, o autuante cumpriu o pedido de diligência, explicando que, considerando que a empresa não apura o imposto no seu livro RAICMS, realizou o refazimento do livro citado,

utilizando os dados das DMA's e dos arquivos magnéticos Síntegra. Detalhou em uma tabela todos os DAE's considerados no levantamento fiscal.

Em nova manifestação, às folhas 454 a 470, a impugnante reitera os termos das manifestações anteriores. O mesmo ocorre com a informação fiscal prestada à folha 473.

Esse é o relatório.

VOTO

Quanto à arguição de nulidade suscitada pela defesa, noto que a descrição dos fatos, feita pelo autuante, aliada à descrição das infrações revelou-se clara e suficiente para dar a entender que houve o refazimento do livro RAICMS, no caso da infração 01, e o confronto entre as DMA's e o valor recolhido pela empresa, no caso da infração 02. Quanto à origem dos valores lançados a título de outros créditos (folhas 43 e 154), na infração 01, o cumprimento da diligência esclareceu que se referem aos valores recolhidos mediante os DAE's da antecipação parcial, conforme relação da DAE's às folhas 108 a 116.

Assim, rejeito a arguição de nulidade no que se refere às infrações 01 e 02.

Quanto ao mérito, o exame das peças que compõem o presente PAF é revelador de que a autuada não escriturou o Livro Registro de Apuração de ICMS, conforme comprova as cópias anexadas ao processo pelo autuante, às folhas 181 a 217. A essa alegação não se opôs a empresa, nem mesmo fez a anexação do livro fiscal citado devidamente escriturado, o que transforma a alegação fiscal em fato incontroverso.

Ora, não apurando o imposto devido em sua escrita, deu ensejo, o contribuinte, a que a autoridade fiscal refizesse o livro citado. De fato, o refazimento do livro fiscal do estabelecimento autuado, revela-se como a via mais adequada a apurar o real montante do imposto devido pelo contribuinte, pois do contrário o sujeito passivo ficaria em uma situação privilegiada em relação aos demais contribuintes (em situação regular), desfrutando de um regime de exceção, no que se refere à apuração do imposto, marcado pelo recolhimento de um montante qualquer de tributo, sem qualquer apuração prévia.

A metodologia utilizada pelo autuante para refazer o livro fiscal se encontra explicitada à folha 01, na descrição dos fatos e reiterada às folhas 376 a 378 (na informação fiscal), bem como às folhas 448 a 449 (no cumprimento da diligência). A autoridade fiscal fez uso dos arquivos magnéticos e das informações das DMA's, atribuindo os créditos fiscais de acordo com os DAE's de recolhimento relativos à antecipação parcial, conforme explica à folha 377.

Em sua defesa, o sujeito passivo limita-se a questionar a coerência dos dados e critérios utilizados pela fiscalização, sem prontificar-se a oferecer os números que julga corretos, nem sequer esboçando iniciativa em apurar o montante do imposto que julga devido para cada um dos períodos autuados.

Ao se portar dessa maneira, ignora, o contribuinte, que é obrigação sua apurar o imposto devido, procedimento este que se sujeita a posterior homologação, nos termos do art. 89 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objetos do presente lançamento de ofício, conforme texto abaixo.

“Art. 89. O lançamento constitui atividade de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária.”

Ora, tendo a obrigação legal de lançar os créditos e débitos relativos às operações de entrada e saída de seu estabelecimento, não pode, o sujeito passivo, adotar uma atitude meramente revisora do procedimento levado a termo pela autoridade fiscal, pois possui o ônus processual de apontar os montantes de tributo devidos. Isso porque a desconstituição do lançamento de ofício não pode ser declarada sem que se aponte quais valores deveriam prevalecer, sob pena de se incorrer em grave injustiça fiscal, privilegiando o infrator confesso, o qual sentir-se-ia estimulado a manter-se em situação de inércia.

Ademais, o autuante fez uso de documentos emitidos pela própria autuada, o que se revelou necessário na ausência de outra informação. Entendo, por isso, que caberia à autuada apresentar elementos documentais que evidenciassem a inadequação do procedimento fiscal, sem o que o seu questionamento não encontra amparo.

Portanto, entendo que a fiscalização fez uso de uma metodologia que se revelou adequada a dar conta da apuração do imposto devido por ausência da escrituração fiscal.

Julgo, por isso, procedente a infração 01.

Quanto à infração 02, o autuante apurou, conforme explicitado, a diferença entre o tributo declarado nas DMA's e o recolhido mediante DAE's, conforme descreve à folha 377. Além de questionar a metodologia utilizada pelo fisco, a empresa alega que houve duplicidade de exigência em relação ao tributo lançado na competência 10/2009. Em sua informação fiscal, a autoridade acata a alegação defensiva e refaz o demonstrativo de débito, excluindo a competência citada, conforme folhas 377 a 378. Em nova manifestação, às folhas 382 a 394, a autuada não mais faz referência a esse aspecto da autuação, limitando-se a explorar as supostas inconsistências do procedimento fiscal, olvidando-se de que é obrigação acessória sua apontar o montante devido do imposto. Assim, entendo que a autuada não se desincumbiu do seu ônus processual em demonstrar o correto valor devido do ICMS no período.

Tenho por procedente em parte a infração 02, em conformidade com o demonstrativo de débito às folhas 377 a 378.

Quanto à alegação defensiva de que a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea "a" seria de 50% e não 60%, não merece prosperar, conforme se pode depreender da leitura do texto da lei, abaixo transcrito.

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

- a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;

..."

Quanto ao pedido de redução das multas de 60%, esta corte somente pode fazê-lo à medida em que as infrações não tenham implicado em falta de recolhimento, conforme art. 158 do RPAF/BA, abaixo transcrito.

"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. (grifos acrescidos)"

Como não foi essa a hipótese dos autos, entendo que descabe tal redução.

Quanto ao pleito de manutenção da redução de 70% do valor das multas, será observado pelo setor competente por ocasião do julgamento do débito pelo contribuinte.

Quanto à infração 03, a defesa alega que a base de cálculo da multa proposta deve ser o valor das operações omitidas, conforme se pode depreender da leitura de trechos de sua defesa, às folhas 340 e 341, abaixo reproduzido.

"No entanto, pela leitura do art. 42, XII-A, "i", da Lei Estadual nº 7.014/96 constata-se que o valor da multa deve ser calculado sobre o valor das operações supostamente omitidas pelo contribuinte, sendo que o limite da referida multa corresponde a 1% do valor total das operações de saída realizadas em cada período.

...

Ou seja, a multa aplicada sobre o valor das operações omitidas pode ser menor do que o limite estipulado no art. 42, XIII-A, "i", da Lei Estadual nº 7.014/96 (1% do valor total das operações de saída), razão pela qual o montante apontado na infração 03 estaria incorreto. (grifos acrescidos)"

Em sua informação fiscal, o autuante afirma que a multa aplicada é de 1% sobre o valor das saídas, conforme trecho de sua peça informativa à folha 378, abaixo reproduzido.

“...Na verdade o contribuinte foi autuado pelo não cumprimento ao Art. 708 do RICMS/BA - Dec. 6.284/97 e aplicada multa de 1% do valor das saídas de mercadorias e prestações de serviços (grifos acrescidos) nos exercícios de 2008 e 2009 conforme Penalidade prevista: (alíneas “i” e “j”, do inciso XIII-A, do Art. 42 da Lei 7014/96).”

Ora, conforme assevera o sujeito passivo, o enquadramento legal da multa tomou por base o disposto na alínea “i” do inciso XIII-A, do art. 42, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

...”

Tendo por supedâneo o texto do dispositivo acima reproduzido, é forçoso admitir que o montante da multa é equivalente a 5% das saídas omitidas, sendo 1% do valor total, apenas o limite, devendo prevalecer dos dois aquele de menor valor, conforme se depreende da leitura do texto citado.

Ademais, o exame dos formulários “ANÁLISE DE ARQUIVOS SINTEGRA E INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS”, às folhas 248 a 251, revela que houve, efetivamente, a entrega dos arquivos magnéticos, embora com inconsistências, conforme se pode depreender da leitura dos seus termos, cujo trecho reproduzo abaixo.

“Após a análise dos Arquivos Sintegra do Contribuinte (grifos acrescidos) acima qualificado, apresentamos a seguir o resultado do exame realizado.

...

2 – Inconsistências (grifo crescido) encontradas

...”

Assim, não poderia o autuante fazer incidir a multa de 1% sobre a totalidade dos arquivos, o que somente se revela viável na medida em que esse montante se apresente inferior aos 5% sobre a parte das operações omitidas.

Os próprios formulários citados acima (“ANÁLISE DE ARQUIVOS SINTEGRA E INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS”, às folhas 248 a 251) indicam que as inconsistências apuradas não foram de todo o período fiscalizado, mas têm relação apenas com alguns dos meses, conforme folha. Conclui-se, assim, que as inconsistências tiveram relação com uma parte das operações e não com todo o montante das vendas do ano.

Pois bem, examinando a diligência cumprida pelo autuante, à folha 449, é possível constatar que o cálculo da multa teve por base a totalidade das vendas de cada um dos exercícios, conforme de pode depreender do cálculo empreendido.

Tal procedimento só se legitima á medida em que tenhamos o valor total das saídas omitidas e comparemos com o limite de 1% das operações totais, para avaliar qual dessas duas referências é menor. Ainda assim, somente se pode assumir o valor total em relação àqueles meses em que houve inconsistências, e não em todo o exercício, tal como o fez a autoridade fiscal.

A diligência é reveladora de que a autoridade fiscal sequer apurou o montante das operações omitidas, tendo se limitado a calcular o percentual de 1% sobre as saídas de todo o exercício, o que não guarda relação com os arquivos inconsistentes, os quais se revelaram ser de apenas parte do exercício.

Ademais, o lançamento fiscal contrariou a orientação constante da OTE-DPF-3005, de 17/06/2005, a qual dispõe que a data de ocorrência da infração não é aquela a que se referem os arquivos, mas a do envio dos arquivos citados, conforme abaixo.

“5.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” do auto de infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo (grifos acrescidos).”

Assim, incorreu em duplo erro o lançamento, pois pecou na indicação do período de ocorrência da infração, além de ter sobrevalorizado a base de cálculo da infração em comento, resultando em insegurança na determinação do quantum da multa.

Julgo nula a infração 03.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206908.0070/12-2**, lavrado contra **EXPAND GROUP DO BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do valor de **R\$71.182,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, “a” e “b” do art. 42 da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR