

PROCESSO - A. I. Nº 206908.0070/12-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EXPAND GROUP DO BRASIL S/A.
RECORRIDOS - EXPAND GROUP DO BRASIL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0012-02/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0077-11/17

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **a)** DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Restou comprovado que o contribuinte não tendo promovido à apuração do imposto devido no livro RAICMS, a fiscalização apurou o valor devido no mês com base na escrituração do livro fiscal, valores recolhidos mediante DAEs relativo ao crédito do ICMS antecipação parcial e deduziu do valor apurado os valores que foram recolhidos. Não comprovada à regularidade do imposto exigido. Infração caracterizada. Mantida a Decisão. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS. Restou comprovado que os valores exigido referem-se as diferenças apuradas entre os valores lançados nos livros fiscais e DMAs retificadoras apresentadas pelo estabelecimento autuado. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão com afastamento de parte dos valores exigidos. Mantida a Decisão. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. MULTA. Documentos acostados aos autos comprova que o estabelecimento autuado apresentou arquivos magnéticos exigidos mediante intimação fiscal, mas não foi comprovado intimação para correção dos arquivos no prazo estabelecido pela legislação tributária. Também, não foram apresentados os demonstrativos específicos correspondentes a multa de 5% sobre o valor das operações omitidas e de 1% sobre as operações de saída, cuja exigência fiscal deveria recair sobre o valor menor dos dois. Incerteza na constituição da infração e indeterminação na constituição da base de cálculo. Mantida a Decisão pela nulidade da infração 3. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de reconstituição de Processo Administrativo Fiscal, que foi extraviado (fl. 4) no qual foi interposto Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0012-02/15 (fl. 297 a 309), por ter desonerado parcialmente o sujeito passivo dos valores exigidos na infração 2 e a totalidade do débito relativo à infração 3, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte referente às infrações 1 e 2, nos termos do disposto no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

Nos documentos acostados às fls. 2 a 5 foram acostados documentos de comunicação de extravio

do processo em decorrência de roubo de veículo, registro de boletim de ocorrência na Polícia Civil e encaminhamento à Corregedoria da Secretaria da Fazenda, solicitando Reconstituição do Processo Administrativo Fiscal (PAD) 206908.0070/12-2.

O Auto de Infração, lavrado em 29/11/12, exige créditos tributários no valor de R\$126.639,26, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

1. *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (2008 e 2009). Consta na descrição dos fatos 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 Sintegra” - R\$48.268,45, acrescido da multa de 60%.*
2. *Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios (2008 e 2009). Consta que “Diferença do ICMS apurada entre os valores informados nas DMAs e nas DMAs retificadoras, todas em confronto cós [com] os valores objeto de Débito Declarado - R\$ 25.005,13, acrescido da multa de 60%.*
3. *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 (2008 e 2009). 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” -R\$ 53.365,68.*

Na Decisão proferida a 2ª JF inicialmente afastou a nulidade suscitada sob arguição de falta de clareza da autuação, fundamentando que a descrição dos fatos demonstra a ocorrência das infrações de modo que o contribuinte pudesse entender que houve o refazimento do livro RAICMS, no caso da infração 1, e o confronto entre as DMA's e o valor recolhido pela empresa, no caso da infração 2, bem como a diligência realizada esclareceu o que se refere aos valores recolhidos mediante os DAE's da antecipação parcial, conforme relação às folhas 108 a 116.

No mérito, apreciou que:

O exame das peças que compõem o presente PAF é revelador de que o autuado não escritura 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 próprio autuado, 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, o autuado 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 o autuado 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 se 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.*

A 2ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, “a”, do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (311 a 326) o sujeito passivo inicialmente discorre sobre as infrações e afirma que apesar da 2ª JJF ter decidido pela nulidade da infração 3, o lançamento é totalmente nulo face à falta de clareza das infrações, além de ser inconstitucional e abusiva as multas aplicadas.

Reitera o pedido de declaração de nulidade da infração 1, afirmando que apesar da manutenção desta infração, a autoridade fiscal utilizou critérios e valores sem qualquer base para apuração do real crédito do ICMS, o que conduz a sua nulidade a luz do previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito, afirma que a fiscalização procedeu a um resumo do livro RAICMS produzindo um relatório denominado “Auditoria da Conta corrente do ICMS” (fls. 43 a 154) feita com base na DMA, mas que os valores dos créditos foram apurados com base na DMA, mas não conferem com os valores que foram declarados pela empresa (fls. 46/47 e 175/180), sem nenhuma justificativa.

Apresenta uma tabela à fl. 317 na qual aponta os valores mensais dos créditos apurados nas DMAs totalizando R\$175.818,81 no período fiscalizado, enquanto a fiscalização considerou apenas R\$146.897,04 o que resultou na diferença de R\$28.921,77.

Com relação à infração 2, afirma existir também inconsistências comparando com os critérios utilizados na infração 1, visto que na infração 2, a fiscalização levou em consideração os créditos declarados nas DMA's, de acordo como a tabela apresentada (fl. 318).

Argumenta que o autuante utilizou critérios diferentes nas infrações 1 e 2, sem explicar a razão, havendo a necessidade de reforma do acórdão ora recorrido declarando a sua nulidade.

Quanto às multas aplicadas, cuja Decisão fundamentou não aplicar redução por ter implicado em falta de pagamento do imposto, diz que independentemente desta previsão, é inconstitucional a multa que ofende aos princípios da moralidade, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade, em obediência ao disposto nos artigos 37 e 150, IV da Constituição Federal.

Discorre sobre o efeito confiscatório das multas, cita Decisões de Tribunais Superiores (RE 523.471/10; ADI MC 1.075/DF/98 e AI 482.281/2009). Transcreve texto de doutrinadores (Guilherme Cezaroti – fl. 324) acerca da aplicação de multas punitivas com efeito confiscatório, que ganham imposição de caráter arrecadatório, que é repelida pela doutrina e jurisprudências dos Tribunais Superiores. Conclui que resta evidente que aplicação da multa com percentual de 60% é totalmente ilegítima, razão pela qual deve ser afastada.

Requer que o lançamento seja declarado nulo e subsidiariamente, se esse não for o entendimento, que a multa aplicada seja reduzida por ser desproporcional, irrazoável e confiscatória.

Às fls. 329 a 344 foram acostados Termos de Início de Reconstituição de Processo, relatório da reconstituição e Termo de Encerramento, o qual foi encaminhado ao Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, cujo despacho à fl. 345 proferido pelo Presidente deste Conselho, foi para inserir em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de ofício interposto pela 2ª JJF para reexame da Decisão que julgou parcialmente a infração 2 e declarou a nulidade da infração 3, que aplicou multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, em razão de ter apresentado arquivos magnéticos em atendimento a intimação fiscal, com “*omissão de operações*” calculado sobre o valor das operações de saídas.

No tocante à infração 2, que acusa recolhimento a menos do ICMS apurado pela diferença entre os valores apurados no livro RAICMS e as DMAs apresentadas, constato que a 2ª JJF afastou a exigência fiscal relativa ao mês de outubro/2009 com valor de R\$2.091,37 fundamentando que o valor foi exigido em duplicidade.

Observo que o sujeito passivo na impugnação inicial (fl. 339) alegou que o valor exigido na infração 1 de R\$15.378,13 no mês de outubro/09, estava contido o valor exigido de R\$2.363,95 apurado no mesmo mês na infração 2.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a fiscalização acatou a alegação defensiva e no demonstrativo apresentado às fls. 377 a 378 do PAF original (f. 306), excluiu o valor exigido de R\$2.091,37 referente ao mês de competência 10/2009 e o sujeito passivo não mais contestou esse fato na manifestação contida nas folhas 382 a 394 do PAF original (fl. 307).

Pelo exposto, constato que a desoneração dos valores exigidos na infração 2, decorre de comprovações materiais comprovadas pelo estabelecimento autuado, motivo pelo qual fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial da infração 2, com redução do débito de R\$25.005,12 para R\$22.913,75.

Quanto à infração 3, observo que a 2ª JJF declarou Nula esta infração por incerteza na constituição da base de cálculo tendo em vista que acusa entrega de arquivos magnéticos com omissão de operações e a multa deveria recair na aplicação do percentual de 1% sobre o valor das saídas ou 5% sobre o valor das divergências, dos dois o menor, mas que isso não ficou caracterizado.

Pela análise dos documentos acostados ao processo, constato que:

- a) Na intimação à fl. 248/249, foi indicado apuração de inconsistências em arquivos magnéticos entregues (ausência de registros) e concedido prazo de cinco dias;
- b) Na defesa apresentada (fls. 340 e 341) o sujeito passivo alegou que o art. 42, XIII-A, “i”, da Lei Estadual nº 7.014/96 prevê **multa de 5% sobre o valor das entradas e saídas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos, não podendo ser superior a 1%** do valor total das operações de saída realizadas em cada período;
- c) Na informação fiscal, o autuante afirmou que:
“... 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).”
- d) Na manifestação acerca da informação fiscal, o autuado afirmou que “... *efetuiu todas as correções solicitadas nos termos da intimação às fls. 248/251...*” sendo incabível a aplicação da multa.
- e) A 2ª JJF determinou a realização de diligência fiscal (fl. 446) no sentido de que fosse elaborado demonstrativo explicitando a metodologia aplicada na apuração da base de cálculo;
- f) O autuante indicou que a multa foi aplicada com o percentual de 1% sobre o valor das vendas no exercício de 2008 e 2009 resultando em valores de R\$29.624,66 e R\$23.741,02.

Pelo exposto, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a descrição da infração indica que o contribuinte forneceu arquivos magnéticos mediante intimação (art. 708-B do RICMS/97) com “omissão de operações”.

De acordo com o fundamento do voto os documentos acostados “(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”.

Já o cálculo da multa apresentado em diligência determinada pela 2ª JJF (fl. 449) teve como base

de cálculo “a totalidade das vendas de cada um dos exercícios [2008 e 2009], conforme pode depreender do cálculo empreendido”.

Logo, conclui-se que caberia a aplicação da multa de 1% sobre a totalidade das saídas, se o contribuinte não tivesse feito a entrega dos arquivos magnéticos, ou aplicar o percentual de 5% sobre a parte das operações omitidas ou de 1% sobre as saídas, dos dois o menor (art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96), caso os arquivos indicasse omissões de operações.

O contribuinte afirmou na defesa que entregou os arquivos corrigidos, fato que não foi contestado pelo autuante, neste caso, se ainda entregue com inconsistência, deveria ser expandido outra intimação com indicação das correções a serem feitas com concessão de prazo de 30 (trinta) dias, fato que não ocorreu.

Por tudo que foi exposto, entendo estar correta a declaração de nulidade da infração, face à incerteza do cometimento da mesma, bem como, indeterminação da constituição da base de cálculo de forma precisa como indicada na legislação do imposto.

Fica mantida a Decisão da nulidade da infração 3 e redução do débito da infração 2, e Não Provimento do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, observo que o recorrente reapresentou na sua quase totalidade os argumentos expendidos na impugnação inicial.

Quanto à nulidade suscitada da infração 1, afirmando que a fiscalização utilizou critérios e valores sem qualquer base para apuração do real crédito do ICMS, observo que conforme apreciado na Decisão ora recorrida foi esclarecido mediante a realização de diligência fiscal que o refazimento do livro RAICMS teve como base as DMA's e os valores recolhidos pela empresa a título de ICMS antecipação parcial. Portanto, fica rejeitado a nulidade suscitada, cujos argumentos serão apreciados na análise do mérito das infrações 1 e 2.

No mérito, quanto à infração 1, o recorrente reapresentou a alegação de que os valores lançados a crédito no conta corrente elaborado pela fiscalização apresenta divergência de valores lançados no livro RAICMS e DMA, conforme tabela à fl. 317.

Na Decisão recorrida foi apreciado que o sujeito passivo não escriturou o livro RAICMS, em diversos meses e a fiscalização apurou o conta corrente com base nos dados contidos nos livros e DMAs e DAEs que promoveu pagamento do ICMS normal.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que a exemplo do mês de janeiro/2008, a cópia do livro RAICMS juntado às fls. 9 a 11, a empresa escriturou na apuração do mês créditos totalizando R\$15.706,75 e débito de R\$70.277,13. Entretanto, não foi indicado qualquer valor a recolher nas páginas de resumo da apuração do mesmo livro, conforme cópias às fls. 10 e 11.

O mesmo procedimento foi adotada pela empresa com relação aos outros meses em que a fiscalização apurou imposto devido na infração 1.

Com relação ao argumento de que os valores dos créditos apurados pela fiscalização diferem dos que constam na DMA, observo que na tabela apresentada à fl. 317 para o mês de janeiro/08, o recorrente afirma que o montante dos créditos informados na DMA foi de 26.238,45 enquanto a fiscalização apontou valor de R\$22.178,58.

No que se refere a esta alegação a 2ª JF fundamentou que conforme esclarecido na diligência fiscal o autuante demonstrou que o valor apurado como devido tomou como base os valores informados nas DMAs, arquivos magnéticos e comprovantes de recolhimento do imposto.

Como apreciado anteriormente a título exemplificativo, o livro RAICMS no mês de janeiro/2008 (fl. 12) registrou montante de créditos de R\$15.706,75. Já a DMA (fl. 50) registra créditos de R\$15.724,59 e “outros créditos” de R\$26.238,45. Portanto, não procede ao argumento de que o montante de créditos declarados na DMA pela empresa difere do que foi indicado no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização.

Conforme apreciado na Decisão ora recorrida, não tendo a empresa apurado o valor do ICMS normal devido nos meses que foi objeto da autuação, a exemplo do mês de janeiro/2008 (fl. 12) a fiscalização tomou como base o montante dos créditos e adicionou [outros créditos] os valores pagos no mês do ICMS antecipação parcial conforme extrato à fl. 111, confrontou com o total do débito do mês (R\$70.377,13 – fl. 12 e 50) o que resultou em valor devido de R\$32.491,80. Tendo o estabelecimento autuado recolhido valor de R\$27.662,38 (fl. 111), exigiu a diferença a recolher de R\$4.829,42 (fl. 448 do original e 280 do reconstituído).

Como o estabelecimento autuado tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal e na manifestação sobre a mesma reapresentou o mesmo argumento, conforme documentos de (fls. 454 a 466 do original e 282 a 294 do reconstituído) e diante da fundamentação apresentada no julgamento, não contestou os valores apurados pela fiscalização e reapresentou o mesmo argumento no Recurso Voluntário sem apresentar qualquer documento capaz de desconstituir o levantamento fiscal, considero que houve apenas negativa de cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Pelo exposto, fica mantida a exigência fiscal da infração 1.

Com relação à infração 2, o sujeito passivo alegou que ao contrário do que ocorreu na infração 1, a fiscalização levou em consideração os créditos declarados nas DMA's, de acordo como a tabela apresentada à fl. 318, demonstrando inconsistência na aplicação de critérios.

A infração acusa falta de recolhimento do ICMS em função da divergência entre os documentos fiscais e os livros fiscais, com descrição dos fatos de diferença de valores entre os valores informados nas DMAs apresentadas no prazo e as posteriores retificadoras.

Na Decisão proferida a 2ª JF fundamentou que o valor exigido refere-se a diferença entre o valor declarado nas DMAs e o recolhido mediante apresentação de DAEs. No julgamento foi acolhido o ajuste promovido na informação fiscal que acolheu o argumento contido na impugnação de que houve duplicidade de exigência em relação ao mês de competência 10/2009.

Como apreciado no Recurso de Ofício o valor exigido no mês de outubro/09 de R\$2.091,37 foi julgado improcedente em razão do acolhimento da alegação por parte do autuante, o que reduziu o débito da infração de R\$ 25.005,12 para R\$22.913,75.

No que se refere ao argumento de que houve inconsistência na aplicação de critérios entre a apuração do valor exigido nas infrações 1 e 2, observo que na primeira infração, a fiscalização tendo identificado que o estabelecimento autuado não apurou no livro RAICMS os valores devidos por mês, tomou como base o valor dos créditos fiscais lançados no livro RAICMS, adicionou os valores recolhidos a título de ICMS antecipação parcial, confrontou com o montante dos débitos escriturados no RAICMS, e deduziu o valor que foi recolhido o que resultou nas diferenças não recolhidas que foram exigidas.

Já nesta infração, a fiscalização como indicado na descrição da infração, confrontou os valores declarados nas DMAs com as DMAs retificadoras e exigiu o valor que não foi recolhido.

Pela análise dos elementos contidos no processo, tomando como base o livro RAICMS do mês de janeiro/09 o quadro resumo indicou valor a recolher de R\$29.166,37 (fl. 123). Já a DMA (fl. 230 do original e 161 do reconstituído) referente ao mesmo mês, indica valor a recolher de R\$27.236,47.

O valor exigido neste mês (janeiro/09) corresponde exatamente ao valor de R\$1.929,90 que corresponde exatamente à diferença entre os valores apurados no livro RAICMS e o declarado na DMA (R\$29.166,37 – R\$27.236,47), cujo valor efetivamente recolhido não corresponde ao que foi apurado no livro RAICMS. O mesmo ocorre nos demais meses desta infração.

Assim sendo, tendo tudo isso sido esclarecido na diligência fiscal e fundamentado na Decisão ora recorrida, constato que o recorrente não apresentou qualquer fato ou argumento novo para desconstituir os valores remanescentes que foram exigidos na infração 2.

Por isso, não acolho o argumento de que houve mudança de critérios aplicados na infração 1 e 2, visto que se trata de situações fáticas diferentes, conforme acima apreciadas. Fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial da infração 2, com valor devido de R\$22.913,75.

Quanto à reapresentação dos argumentos de que as multa aplicadas (60%) são irrazoáveis, possuem efeitos confiscatórios e são inconstitucionais, observo que conforme apreciado na Decisão da primeira instância, as mesmas são previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, portanto são legais.

Por sua vez, o art. 167 do RPAF/BA estabelece que não compete ao julgador administrativo apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Com relação ao pedido de redução das multas de 60%, observo que em se tratando de multa por descumprimento de obrigação principal (infrações 1 e 2), esta Câmara de Julgamento Fiscal não possui competência legal para acolher o pedido de cancelamento ou redução da multa, visto que o art. 158 do RPAF/BA, prevê a possibilidade apenas de redução ou cancelamento das multas aplicadas por descumprimento das obrigações acessórias, que não é o caso dessa autuação.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206908.0070/12-2**, lavrado contra **EXPAND GROUP DO BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do valor de **R\$71.182,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS