

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0603/14-3
RECORRENTE - SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0097-02/15
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0123-11/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. a) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. b) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferenças constatadas pelo confronto dos valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infrações não elididas. Mantida a Decisão recorrida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERNAS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Os valores exigidos foram apurados e declarados na EFD. Documentos fiscais apresentados referentes ao mês de outubro de 2013 não comprovam os pagamentos dos valores apurados e não recolhidos. Mantida a Decisão recorrida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE TRIBUTÁRIA CONSISTENTE EM OMISSÃO DE SAÍDAS. b) FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA. Os argumentos apresentados relativos a documentos fiscais apresentados junto com a defesa já foram contemplados no refazimento dos demonstrativos quando da produção da informação fiscal. Não apresentados fatos novos ou documentos capazes de modificar a Decisão recorrida pela procedência em parte da infração 4 e 5. Rejeitadas às preliminares de nulidades; não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária e o pedido de redução das multas pelo descumprimento da obrigação principal por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária ter julgado Parcialmente Procedente o Auto de Infração, reduzindo a exigência fiscal original de R\$821.541,95 para R\$795.564,13, acrescido das multas de 60%, 100% e 150%, previstas nos incisos II, “b”, “e” e “f”, III e V, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O Auto de Infração lavrado em 26/06/2014 acusa o cometimento de cinco infrações, como segue:

1. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$388.709,23, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses janeiro, julho a dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 11. Em complemento consta: Dados extraídos da EFD.

2. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$1.323,84, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses fevereiro a maio de 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 13 a 15.

3. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no total de R\$284.402,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de julho a dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fls. 17.

4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$90.982,88, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício de 2013, conforme demonstrativos (fls. 24/145). Em complemento consta: 1) Por tratar-se de empresa que fabrica bicicletas, agregamos os quadros e bicicletas por considerarmos neste levantamento que os quadros para bicicletas adquiridos são transformados em bicicletas, não sendo possível entretanto correspondência individualizada, ou seja, determinado modelo de quadro não irá produzir determinado modelo de bicicleta, mas sim diversos entre centenas de modelos de bicicletas. 2) Encontra-se anexado a este PAF CD contendo os demonstrativos e levantamentos do estoque (anexo 05) em sua totalidade, tendo sido entregue cópia ao contribuinte.

5. Retenção do ICMS, no total de R\$56.123,08, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício conforme demonstrativos às fls. 79 a 83. Em complemento consta: "Como o contribuinte só vende bicicletas que ele mesmo fabrica, então suas omissões de saídas necessariamente são de bicicletas que ele mesmo produz."

Na Decisão proferida a 5ª JJF (fls. 396 a 411), decidiu, pela Procedência das infrações 1, 2 e 3, e Parcialmente Procedentes as infrações 4 e 5.

Com relação a preliminar de nulidade da infração 4 suscitada pelo sujeito passivo relativa ao enquadramento da infração no artigo 42, III da Lei nº 7.014/96, sem a indicar a alínea correspondente, apreciou que a autuante olvidou de citar a alínea "g", que indica ocorrência de "outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque", mas que o artigo 19 do RPAF/99, estabelece que "A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal."

Fundamentou que na situação presente está evidente o enquadramento legal, tanto que o autuado entendeu e se defendeu no mérito da autuação que trata da omissão de saídas de mercadorias detectada por meio de levantamento quantitativo de estoques, inexistindo qualquer prejuízo à defesa, não sendo motivo para que seja decretada a nulidade da autuação, visto que os elementos que integram o presente processo e sua formalização está em consonância com o RICMS/97, obedecendo ao disposto no art. 39 do RPAF/BA, com suporte em elementos de provas, levantamentos, demonstrativos, documentos fiscais e CD que foram entregues a preposto do contribuinte autuado. Rejeitou a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/BA.

No mérito, apreciou que, a infração 1 acusação falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (2013), conforme demonstrativo de débito (Demonstrativo do ICMS a Recolher – 2013) que correspondem aos valores declarados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e não recolhidos, afirmando que:

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que ocorreu de sua parte erro na EFD, tendo demonstrado no corpo da peça defensiva o novo cálculo que considera correto em relação ao mês 01/2013, e aduz que estes são os valores que devem ser retificados no SPED ref. 01/2013, levando-se em consideração os cálculos que apresentou na defesa, além dos descritos na planilha de crédito de ICMS anexa (doc. fl. 203).

Antes de adentrar no exame do mérito, cabe analisar o significa EFD - Escrituração Fiscal Digital: é um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED.

Constitui-se em um arquivo digital, com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de impostos do contribuinte, e substitui os seguintes livros Fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Registro de Apuração do IPI; Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Os arquivos da EFD têm periodicidade mensal e devem apresentar informações relativas a um mês civil ou fração, ainda que as apurações dos impostos (ICMS e IPI) sejam efetuadas em períodos inferiores a um mês, segundo a legislação de cada imposto. Está previsto na legislação tributária que os contribuintes do Estado da Bahia devem apresentar a EFD até o dia 25 do mês subsequente ao fato gerador.

Portanto, pelo acima alinhado, caracteriza-se como documento fiscal extemporâneo aquele que for objeto de escrituração fora dos prazos regulamentares.

No caso, observa-se no demonstrativo acima que basicamente a diferença de maior relevância diz respeito ao crédito fiscal sobre o estoque no valor de R\$23.609,95. Sobre a alegação de erro na declaração da EFD quando do envio da escrituração do mês questionado, por se tratar de escrituração de crédito fora do prazo, comungo com o autuante no sentido de que o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Dec. nº 13.780/12, não sendo possível utilização do crédito neste processo. (Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.)

Sendo assim, quanto ao pedido para revisão do débito, indefiro tal pedido com fulcro no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF/99, pois, os valores apurados pela fiscalização estão baseados na EFD, e o autuado não trouxe nenhum documento para comprovar sua alegação de erro de escrituração digital.

Cabe consignar que o sujeito passivo, no tocante a esta infração, reconheceu parcialmente a infração e recolheu o débito no total de R\$350.804,65, conforme atesta o extrato do SIGAT à fl. 304.

Quanto à infração 2 que trata de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.323,84, nos prazos regulamentares, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS (2013), conforme demonstrativo e documentos às fls. 13 a 15.

Ao defender-se o autuado alegou que ocorreu erro no envio dos arquivos do SPED, implicando em diferenças indevidas no recolhimento do imposto, pois em relação aos Fatos Geradores - FG ocorridos em 31/03/2013, 30/04/2013 e 31/05/2013 ocorreram operações de devolução de mercadorias, conforme documentos às fls. 205 a 220 referentes à cópias das NF's devolvidas.

Em que pese o autuado ter demonstrado que as diferenças são originárias das notas fiscais às fls. 205 a 220, não pode prosperar sua alegação de erro no envio dos arquivos SPED, pois as notas fiscais de devolução de fato se referem ao mês de outubro de 2013 e os fatos geradores contestados são dos meses de março, abril e maio todos de 2013.

Sobre a alegação de erro na declaração da EFD quando do envio da escrituração dos meses questionados, por se tratar de escrituração de operações fora do prazo, comungo com o autuante no sentido de que o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12, não sendo possível utilização do crédito neste processo. (Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.)

Cabe consignar que o sujeito passivo, no tocante a esta infração, reconheceu parcialmente a infração e recolheu o débito no valor de R\$633,98, conforme atesta o extrato do SIGAT à fl. 304.

Relativamente à infração 03 que acusa falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado apreciou que:

O débito encontra-se demonstrado à fl. 17, cujo referido demonstrativo estão discriminados os valores mensais do ICMS-ST não recolhidos nos meses de julho a dezembro de 2013.

O lançamento foi impugnado pelas mesmas razões dos itens anteriores, ou seja, que houve erro no arquivo do SPED enviado equivocadamente sem constar a contabilização das Notas Fiscais - NF's, totalmente devolvidas, referente ao fato gerador do mês de outubro de 2013 (Docs. fls. 205 a 220).

Conforme comentado nos itens antecedentes, não pode ser atendido neste processo o pleito do contribuinte, por se tratar de utilização extemporânea de crédito fiscal, que deverá o contribuinte solicitar autorização ao titular da inspetoria fazendária, conforme art. 315 do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12.

Quanto à infração 4, que acusa falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis (BICICLETAS), efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, ressaltou que a empresa fabrica bicicletas e a fiscalização considerou no levantamento que os quadros adquiridos são transformados em bicicletas, de diversos modelos de bicicletas, tudo conforme CD contendo os demonstrativos e levantamentos do estoque (anexo 05) em sua totalidade, cuja cópia foi fornecida ao sujeito passivo para o

exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressaltou que a omissão de saídas de mercadoria (BICICLETAS) está demonstrado às fls. 24 a 145, especificando quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito (Demonstrativo consolidado – fl. 25; Levantamento das entradas – fls. 26 a 60; Levantamento das saídas – fls. 61 a 74; Inventário de 31/12/2012 – fls. 75 a 86; Inventário de 31/12/2013 – fls. 87 a 97; e Levantamento dos preços médios unitários – fls. 98 a 145), em conformidade com a Portaria nº 445/98 (CD à fl. 23), livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário, que restou constatada saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

No que se refere ao levantamento fiscal que:

Quanto aos números consignados no trabalho fiscal, verifico que o autuado na peça defensiva apenas alegou que os dados extraídos da EFD constantes no inventário de fls. 75 a 97 dos autos, não condizem com a realidade fática, pois ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED, destacando os itens relativos a bicicleta BIC.SILVER MULEKA 18V LILAS/BCO A26 F QAC, de código nº 3888; item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como “quadro”, porém, na Nota Fiscal nº 4889 (Doc. fl. 199), consta que se trata de “cubos”; o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59), também classificado como “quadro”, quando em verdade trata-se de Engrenagem Tripla, o que é devidamente comprovado pela Nota Fiscal nº 66466, também anexa (Docs. fls. 200 a 201).

Aduza ainda que consoante o novo levantamento dos inventários de 2012 e 2013 (Docs. fls. 222 a 261) os cálculos mudaram, não podendo ser mantida a enorme quantidade de saídas sem a emissão de documentos fiscais, tampouco o valor do preço médio encontrado às fls. 98 e seguintes, e que de acordo com a escrituração refeita da empresa o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, bem como a apuração de possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284. Sobre os demais itens alegou que não houve tempo hábil para uma apuração mais precisa deste ponto, considerando o prazo exíguo para apresentação de sua defesa, havendo inclusive a possibilidade da ocorrência de furto, o que está sendo apurado.

Por conta disso, admitiu que o valor da base de cálculo de acordo com a nova apuração sai de R\$535.193,41 para R\$50.151,56, pelo que, pugna pela revisão deste item, inclusive para desconsiderar a multa aplicada.

Constato que na informação fiscal o autuante concordou com a defesa no sentido de que ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED e que tal erro ocorreu no cadastramento dos produtos, o que acabou embaralhando os códigos de alguns itens, entretanto discordou com as alterações solicitadas em seus inventários de 2012 e 2013, por acreditar que neste caso não cabem mais retificações.

Quanto aos erros pontuais apontados na defesa fl. 161, o autuante acolheu o pedido do autuado em desconsiderar no levantamento de entradas o itens relativos a: 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO e CBP2 GENOVA 200 VIOLETA, tendo, a pedido do órgão julgador, refeito o levantamento quantitativo inicial de fls. 25 a 145, no que resultou nos papéis de trabalho às fls. 311 a 346, com a diminuição do débito para o valor de R\$81.055,76.

Desta forma, dada a mensurabilidade de que é dotado o levantamento quantitativo por espécie, somente o erro aritmético ou a alocação de valores comprovadamente irreais, podem elidir o feito ou determinar o reajustamento do crédito tributário para determinar seu “quantum” real. Em razão de assertiva, os efeitos do referido processo de exame fiscal se quedam apenas à apresentação de prova suficiente capaz de contrariar os dados constantes de sua elaboração. No caso dos autos, restou comprovada a iniciativa da defesa de reverter a seu prol parcialmente o resultado do procedimento, dada a existência de prova das alegações que aduziu aos autos.

Mantenho em parte o lançamento do item em comento, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, tendo o sujeito passivo logrado êxito na comprovação de erro no trabalho fiscal que foi acolhido pelo autuante, exceção das alegações acima ponderadas, que acolho integralmente para concluir o meu voto em relação a este item da autuação, pela subsistência parcial no valor de R\$81.055,76.

Quanto à infração 5, ressaltou que foi apurada com base nas diferenças do mesmo levantamento quantitativo, referindo-se a falta de retenção do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, restando comprovado que houve erro no levantamento quantitativo, ao ser refeito, resulta na alteração do débito para o valor de R\$40.072,38.

Concluiu apreciando que:

Por derradeiro, quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal de cada infração, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não se aplica aos fatos narrados no Auto de Infração objeto deste processo.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “b”, “e” e “f”, V “a” e III, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa no tocante às infrações 03 e 04, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, incisos III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$795.564,13, alterando-se o demonstrativo de débito das infrações 04 e 05, recomendando a homologação dos valores recolhidos:

INFRAÇÃO	VL. INICIAIS	VL. JULGADOS	MULTA
01 - 02.01.01	388.709,23	388.709,23	60%
02 - 03.01.01	1.323,84	1.323,84	60%
03 - 07.12.01	284.402,92	284.402,92	150%
04 - 04.05.01	90.982,88	81.055,76	100%
05 - 04.05.11	56.123,08	40.072,38	60%
TOTAIS	821.541,95	795.564,13	

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 423/449), afirmando que após o julgamento de 1ª Instância requereu carga do processo nos termos do art. 7º, XV da Lei nº 8.906/93 (Estatuto dos Advogados, c/c o art. 196 do CPC e os artigos 66, 67 e 118, do RPAF/BA, o que lhe foi negado violando os princípios do contraditório e ampla defesa.

Requeru que lhe seja “*disponibilizado imediato e irrestrito acesso aos autos deste processo administrativo, devolvendo-se o prazo para apresentação de Recurso voluntário, sob pena de macular todo o processo por vício de nulidade absoluta*”. A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 464/465 opina pelo não acolhimento da preliminar de nulidade de cerceamento do direito de defesa, face à impossibilidade de retirada do processo administrativo da Repartição Fiscal, por inexistir previsão no Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA).

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 464/465 registra que foi regularmente aberto vista dos autos ao contribuinte no prazo legal, além de que os documentos constantes dos autos, em sua grande maioria, são de conhecimento e posse do contribuinte.

No mérito, quanto à tese recursal de que as depurações realizadas ao longo do processo não teriam sido suficientes para expurgar supostas incorreções do lançamento, opina que o sujeito passivo não carrou ao processo qualquer elemento que não tivesse sido apreciado pela Decisão recorrida, não se prestando para tal desiderato o arquivo magnético (SPED) trazido extemporaneamente. Opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

O contribuinte acostou às fls. 474 a 477 petição comunicando parcelamento de parte do débito com valor de R\$351.438,63.

A Inspetoria Fazendária acostou à fl. 482 Termo de Interrupção de Parcelamento.

A 2ª CJF conforme Acórdão nº 0038-12/16 (fls. 486 a 497) apreciou o Recurso Voluntário e decidiu pelo Provimento Parcial do mesmo, reduzindo o débito julgado pela Primeira Instância de R\$795.564,13 (Valor original: R\$821.541,95) para R\$792.659,23.

O sujeito passivo peticionou a juntada de Liminar em Mandado de Segurança (fls. 512 a 514) impetrado contra o Conselho de Fazenda e Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, o qual foi deferido pela Desembargadora Joanice Maria Guimarães de Jesus determinando que:

... as autoridades coatoras garantam aos Impetrantes o direito de retirada do processo administrativo fiscal nº AI 269133.0603-14-4, fora da repartição, como facultado pelo art. 7º, XV, da Lei nº 8.906-94 (Estatuto da Advocacia), ou a eles seja disponibilizado cópia integral dos autos até o término do prazo para apresentação da defesa, após o pedido de vistas.

No documento de fl. 611, o Gabinete da Presidência do CONSEF, acostou recibo passado pelo Patrono do estabelecimento autuado, no qual declara ter recebido cópia integral do Auto de Infração em 01/07/2016, em cumprimento do Mandado de Segurança interposto.

Às fls. 613 a 619 foi acostado a Intervenção ao MS pela PGE/PROFIS no Poder Judiciário.

O sujeito passivo acostou novo Recurso Voluntário (fls. 633 a 659) no qual inicialmente comenta a interposição do Mandado de Segurança, deferimento, tempestividade e reapresenta o mesmo conteúdo do que foi juntado às fls. 423 a 449. Juntou também cópia do Habeas Corpus 87.926-8 São Paulo que concedeu o direito de fazer sustentação oral em processo criminal.

Ressalta que a 2ª JJF determinou a realização de diligência fiscal que culminou no refazimento do levantamento fiscal (fls. 24 a 145) cujos demonstrativos resultantes lhe foi comunicado para se manifestar (fls. 295/298), mas não foi produzida nova informação fiscal pelo autuante.

Pugna pela anulação da Decisão de primeira instância por vício de direito do contraditório, por não ter oportunizada a apresentação de “razões finais”.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por conter vício de forma, nos termos do art. 129, §1º, do COTEB e art. 18, II, IV, “a”, RPAF/BA, alegando que a infração 4 indica multa aplicada com base no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, sem considerar que a Lei nº 11.899/2010, incluiu diversas alíneas, culminando em cerceamento do direito de defesa, sem saber o “*porquê efetivamente de ser sancionado com tal penalidade, diferente do ocorrido nas demais infrações*”. Requer nulidade desta infração, ao teor do art. 18, §1º do RPAF/BA, ou que seja corrigida tal inconsistência da autuação a exemplo da Decisão proferida pela 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro (Recurso 41.813) por implicar em cerceamento do direito de defesa.

No mérito, quanto à infração 1, transcreve os artigos 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96 e o art. 332 do RICMS/97. Alega que houve equívoco na declaração da EFD do mês 01/2013, por não ter informado o crédito de ICMS apurado sobre o estoque de 2012 que fez jus por ter saído do Simples Nacional.

Apresenta um demonstrativo da Apuração do ICMS – Débito: R\$50.058,79 Crédito: R\$35.563,80 (incluído crédito sobre estoque de R\$23.609,95) = Valor devido de R\$14.494,99 .

Já a fiscalização, “baseado em informações antigas” considerou Débito de R\$49.579,27 e Créditos de R\$11.674,69 o que resultou em valor devido de R\$37.904,58, sem considerar o ICMS creditado sobre os estoques.

Transcreve trechos da Decisão recorrida fundamentando que “*o autuado não trouxe nenhum documento para comprovar sua alegação de erro na escrituração digital*” e que “*caracteriza-se como documento fiscal extemporâneo aquele que for objeto de escrituração fora dos prazos regulamentares*” e que não foi carreado ao processo, em contradição com a defesa que não acatou o pedido de retificação do arquivo transmitido.

Transcreve texto de doutrinadores sobre compensação de crédito, e afirma que não há razão para não ser acolhido o pedido de retificação do arquivo transmitido sob pena de causar enriquecimento ilícito do Estado.

Pugna pelo acolhimento do documento trazido na defesa e acolhimento dos cálculos acima apresentados.

Com relação à infração 2, afirma que da mesma forma que ocorreu na infração 1 houve erro no envio dos arquivos do SPED que implicou em diferenças indevidas no recolhimento do imposto, relativo aos fatos geradores ocorridos em 31/03, 30/04 e 31/05 de 2013, parcelados através da Denúncia Espontânea de fl. 15, indicando que nos meses de:

– MARÇO/2013: foi apurado valor a recolher de R\$46.064,31 que foi parcelado em denúncia

espontânea nº 600000.1460/13-0 restando diferença de R\$84,23 que está sendo cobrado indevido.

- ABRIL/2013: foi apurado valor a recolher de R\$40.511,64 *que foi parcelado em denúncia espontânea nº 600000.1460/13-0*, tendo a fiscalização apurado valor de R\$40.941,23 e diferença de R\$429,59 que está sendo cobrado indevidamente.
- MAIO/2013: foi apurado valor a recolher de R\$37.771,65 *que foi parcelado em denúncia espontânea nº 600000.1460/13-0*, tendo a fiscalização apurado valor de R\$37.947,69 e diferença de R\$176,04 que está sendo cobrado indevidamente.

Requer revisão do débito apurado, considerando que os dados analisados pelo ilustre fiscal eram viciados, nos termos do art. 149, IV do CTN.

Relativamente à infração 3, transcreve parte do conteúdo do julgamento da Primeira Instância de que “por se tratar de utilização extemporânea de crédito fiscal” o contribuinte deve requerer autorização da Inspetoria Fazendária nos termos do art. 315 do RICMS/2012.

Afirma que como ocorreu nas infrações anteriores, o arquivo enviado pelo SPED não revela a realidade apresentada na suposta infração, por não considerar as “*Notas Fiscais totalmente devolvidas*”, que foram anexadas à defesa.

Apresenta demonstrativo relativo ao mês de outubro/2013, no qual indicou que do ICMS retido totalizando R\$56.785,75 *foi deduzido os valores de devoluções de vendas de R\$3.170,64 restando valor a ser recolhido de R\$53.615,11 enquanto o fiscal considerou valores relativo a devolução de R\$1.732,60 e valor a ser recolhido de R\$55.053,15.*

Argumenta que não pode ser desconsiderada as provas carreadas ao processo, “*sob o argumento de que não seria o momento para juntá-las*”, por violar o princípio da busca da verdade material que norteia os processos administrativos.

Pondera que se o titular da Inspetoria Fazendária é competente para autorizar a utilização de créditos [extemporâneos] o CONSEF tem o poder de fazê-lo e anular um Auto de Infração, mediante acatamento dos documentos comprobatórios de lançamento tributário equivocado.

Pugna pela anulação da Decisão da Primeira Instância.

No tocante a infração 4, afirma que os dados extraídos da EFD (fls. 75/97) não condizem com a realidade fática pois teria ocorrido equívoco na declaração do seu inventário enviado ao SPED.

Alega que ocorreu erro no cadastramento dos produtos, por “*embaralhar*” códigos de alguns itens, a exemplo do inventário de 2012 quando para o código 3888 (BIC. SILVER MULEKA 18V LILAS/BCO A26 F QAC) constava 860 unidades, quantidade que não cabia no espaço físico de suas dependências, além do valor unitário atribuído de R\$6,34, destoando das demais bicicletas.

Também o item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO (fl. 58) qualificado como “*quadro*”, porém a Nota Fiscal nº 4889 (Doc. 01) demonstra que se trata de “*cubos*”.

Diz que o mesmo vale para o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59) classificado como “*quadro*” quando trata-se de Engrenagem Tripla, comprovado pela Nota Fiscal nº 66466.

Argumenta que o equívoco na EFD transmitida gerou distorção nos fatos geradores, consoante inventários de 2012 e 2013, anexos à defesa, que apontam divergências quanto ao levantamento fiscal, inclusive relativo ao preço médio conforme documento de fl. 98.

Registra que “*de acordo com a escrituração refeita da empresa o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, bem como a apuração de possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284.*

Ressalta que embora este número tenha sido encontrado, não representa que a empresa vendeu produtos sem nota fiscal, pois não teve tempo hábil para uma apuração precisa, considerando o prazo exíguo para apresentação da defesa, sem considerar a possibilidade da ocorrência furtos, o que está sendo apurado.

Afirma que pelos novos cálculos que elaborou “...o valor da base de cálculo de acordo com a nova apuração sai de espantosos R\$535.193,41 para R\$50.151,56!!”

Cita trecho da Decisão (fl. 409) na qual foi fundamentado que o autuante concordou com a defesa no que se refere a erro de cadastramento de produtos, mas discordou sobre a retificação de inventários de 2012 e 2013, mas que no processo administrativo deve se primar pela busca da verdade material, conforme preconiza a doutrina.

Pugna pela revisão da Decisão de piso, com a devida correção do lançamento tributário.

Quanto à infração 5, diz que aplica-se o raciocínio já apresentado relativo à infração 4, considerando que derivou do mesmo equívoco de escrituração antes apontado.

Requer revisão da suposta infração cometida, devendo ser considerado o novo cálculo de retenção do ICMS no valor de R\$5.260,46, desconsiderando-se a multa aplicada.

Com relação às multas aplicadas com o percentual de 60% (infrações 1, 2 e 5) afirma que possuem caráter confiscatórias violando o disposto no art. 150, IV, da CF/88.

Discorre sobre a doutrina e a jurisprudência (ADI 5511/600; RE 220.284-6 SC), afirmando que se revela imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada, para que se aplique um percentual de 20% em consonância com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Com relação às multas aplicadas com percentuais de 100% e 150% (infrações 3 e 4) reafirma que de acordo com a jurisprudência multas fixadas em 100% ou mais violam o princípio do não confisco a exemplo da Decisão proferida pelo STF no RE 657372/2013 RS.

Por fim, requer provimento do recurso; devolução do prazo para apresentação de Recurso Voluntário concedendo o direito de carga do processo; anulação da Decisão; anulação das multas; autorizar as retificações das EFD (art. 251 do RICMS/2012) e anular/reduzir as multas aplicadas.

A Coordenação Administrativa do CONSEF (fls. 710 a 711) fez um breve relato dos fatos afirmando que diante do posicionamento da PGE/PROFIS (fls. 619) quanto a decisão interlocutória do Mandado de Segurança foram adotadas as providências de entrega de cópia integral dos autos ao recorrente e reaberto o prazo de vinte dias para interpor Recurso Voluntário.

E que tendo ocorrido o julgamento pela 2ª CJF no Acórdão nº 0038-12/16, opina pelo retorno dos autos a PGE/PROFIS para adotar as providências necessárias para a suspensão do crédito tributário em cumprimento da decisão judicial, o que foi homologado pelo Presidente do CONSEF.

A Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa no parecer de fls. 712 e 713 relata que o sujeito passivo ingressou com Mandado de Segurança e obteve liminar no sentido de que fosse autorizada carga dos autos ou entrega de cópia, o que foi cumprido pelo CONSEF, tendo o contribuinte apresentado novo Recurso Voluntário, que há de ser apreciado e julgado.

E como a decisão proferida pela 2ª CJF foi anulada por decisão judicial, determinando reabertura de prazo e entrega de cópia dos autos, isso precisa ser materializado pelo CONSEF.

Neste sentido reapresentou ao CONSEF, com supedâneo no art. 113, I, §5º cc §2º do art. 136 do COTEB, que seja anulada a Decisão contida no Acórdão CJF 0038-12/16 (fls. 486/497) e seja feito novo julgamento com base no novo Recurso Voluntário apresentado. O Parecer foi referendado pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS (fl. 714).

A 2ª CJF no Acórdão Nº 0043-12/17 (fl. 715/716) decidiu pela nulidade da Decisão contida no Acórdão CJF 0038-12/16, em cumprimento da liminar concedida em MS 9308-89.2016.8.05.0000.

A Secretaria do CONSEF cientificou o estabelecimento autuado do julgamento promovido pela 2ª CJF (fls. 721 a 726), inclusive por correio eletrônico (fls. 719 e 720), sendo que na primeira tentativa por meio dos Correios (fl. 723) foi informado que “mudou-se” (Teixeira de Freitas) e foi encaminhado para o endereço do Patrono do autuado (fl. 726) que recebeu em 29/03/17.

VOTO

Preliminarmente cabe ressaltar que após o julgamento de 1ª Instância o sujeito passivo requereu carga do processo (art. 7º, XV da Lei nº 8.906/93 - fls. 423/449) e apesar de o CONSEF ter aberto vista dos autos disponibilizando todos os documentos que o integram (fls. 464/465), interpôs Mandado de Segurança (fls. 512 a 514) contra este Conselho de Fazenda e Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, o qual foi deferido pelo Poder Judiciário determinando a carga do processo.

Em atendimento à Decisão proferida pelo Poder Judiciário, o CONSEF fez entrega da cópia integral do Auto de Infração (fl. 611) e reabriu o prazo de vinte dias para interpor Recurso Voluntário (fls. 710 a 711).

Tendo a 2ª CJF proferido Decisão no Acórdão CJF Nº 0038-12/16 (fls. 486 a 497) foi acolhido o opinativo da PGE/PROFIS (fls. 712 e 713) o que culminou em novo julgamento pela 2ª CJF conforme Acórdão 0043-12/17 (fl. 715/716) que decidiu pela nulidade da Decisão contida no Acórdão CJF Nº 0038-12/16, em cumprimento da liminar concedida no MS 9308-89.2016.8.05.0000.

Pelo exposto, tendo a Secretaria do CONSEF cientificado o estabelecimento autuado da anulação do julgamento contido no Acórdão CJF 0038-12/16 (fls. 486 a 497) pelo Acórdão CJF Nº 0043-12/17 (fls. 721 a 726) e não tendo o mesmo se manifestado, entendo que foi saneado o vício processual alegado ao Poder Judiciário de lhe assegurar carga dos autos, dado a entrega de cópia integral dos autos e reabertura de prazo para interpor Recurso Voluntário.

Dessa forma, tendo a Decisão contida no Acórdão CJF 0038-12/16 sido anulada pelo Acórdão CJF 0043-12/17, passo a apreciar as razões contidas no Recurso Voluntário interposto (fls. 633 a 659).

Com relação à nulidade suscitada sob o argumento de vício de direito do contraditório por entender que após a realização de diligência fiscal na primeira instância (fl. 306) e sua manifestação (fls. 348 a 356), foi produzida nova informação fiscal pelo autuante que não lhe foi cientificado observo que:

O art. 18, § 1º do RPAF/BA estabelece que:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Na situação em questão a 2ª JJF promoveu a realização de diligência fiscal (fl. 306) no sentido de acolher provas apresentadas junto com a defesa (fls. 151 a 166) que não foi atendido na informação fiscal prestada (fls. 295 a 298). Em atendimento a diligência fiscal determinada pelo CONSEF, à fiscalização refez os demonstrativos originais (fls. 309 a 346) e o seu resultado foi cientificado ao sujeito passivo que se manifestou às fls. 348 a 356 sem apresentar novas provas.

Os argumentos apresentados foram contestados pontualmente pela fiscalização (fls. 389 a 391), sem que ocorresse qualquer modificação nos demonstrativos que foram refeitos.

Ressalto que o art. 127, §§7º e 8º do RPAF/BA estabelecem que:

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

Pelo exposto, não tendo na última informação fiscal (fls. 389 a 391) aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos, o órgão preparador não tinha obrigação de cientificar o sujeito passivo da mesma, nos termos do § 1º do art. 18 c/c o art. 127, §§7º e 8º do RPAF/BA.

Consequentemente ficou a critério do julgador da primeira instância determinar ou não a realização de nova diligência fiscal considerando se os elementos contidos no processo eram

suficientes para a formação de sua convicção, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA.

Em conclusão, não ocorreu o vício de direito do contraditório invocado pelo recorrente, motivo pelo qual afasto a nulidade suscitada.

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração sob alegação de vício de forma, por a infração 4 indicar multa aplicada prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 sem indicar a alínea.

Observo que o art. 42, III da Lei nº 7.014/96 estabelece multa de “100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente” com tipificação de diversas irregularidades nas alíneas “a” a “g” [*a) saldo credor de caixa; b) suprimento a caixa de origem não comprovada; c) manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; d) entradas de mercadorias ou bens não registrados; e) pagamentos não registrados; f) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte ...*].

Por fim a alínea “g” indica: *g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.*

Assim sendo, considerando que a infração acusa falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias apurado mediante “*levantamento quantitativo de estoques*”, entendo que apesar de não ter sido indicado a alínea “g”, a sua tipificação (levantamento quantitativo de estoque) é perfeitamente enquadrável no inciso III do art. 42.

Logo, o sujeito passivo compreendeu o seu enquadramento e se defendeu, inclusive apresentando provas materiais relativas ao levantamento quantitativo de estoques que culminou em realização de diligência fiscal, refazimento dos demonstrativos originais e redução do débito. Ou seja, a não indicação da alínea não implicou em cerceamento do direito de defesa, como alega o recorrente [... não sabe o porquê...] motivo pelo qual fica afastada a nulidade suscitada.

Ressalte-se ainda, que após apresentação dessa alegação na defesa (fls. 151 a 166) o autuante esclareceu na informação fiscal (fls. 295/296) que se tratava da alínea “g”, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (fl. 310). Logo, o vício de forma invocado (não indicação da alínea do inciso III do art. 42 da Lei 7.014/96) foi corrigido no saneamento do processo.

No mérito, quanto à infração 1 (falta de recolhimento no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais - EFD), o recorrente reapresentou o argumento defensivo de que houve equívoco na declaração da EFD do mês 01/2013, por não ter informado o crédito de ICMS apurado sobre o estoque de 2012 que fez jus por ter saído do Simples Nacional.

Verifico que o demonstrativo elaborado pela fiscalização juntado à fl. 11 correspondem aos valores escriturados e declarados na EFD pelo estabelecimento autuado e não recolhido nos meses de janeiro e julho a dezembro de 2013.

Após a lavratura do AI em 26/01/14 o sujeito passivo alegou que na EFD do mês 01/2013, contém erro de preenchimento pois não foram computados os valores do crédito do ICMS sobre os estoques de 31/12/2012, por ter saído do Simples Nacional, conforme demonstrativo juntado à fl. 203.

Observo que conforme fundamentado na Decisão proferida pela 2ª JF, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) é um arquivo digital que constitui um conjunto de escriturações de documentos e livros fiscais, inclusive da apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED.

Portanto, os valores declarados no Registro de Apuração do ICMS que foi exigido o imposto conforme demonstrativo de fl. 11 corresponde aos valores mensais apurados e não recolhidos.

Como o recorrente não apresentou provas quanto ao recolhimento dos valores mensais que declarou na EFD, deve ser mantida a exigência fiscal.

Observo ainda que com relação ao valor de R\$23.609,95 indicado no demonstrativo da fl. 203 que o recorrente alega tratar-se de crédito fiscal relativo ao estoque final de 31/12/2012, que não declarou na EFD do mês de janeiro/2013, caberia à empresa retificar a EFD dentro do prazo legal, o

que não foi feito e não pode ser compensado neste processo após ser autuado.

E se tratando de pedido para escrituração extemporânea de crédito fiscal fora do prazo, conforme apreciado na Decisão ora recorrida, depende de autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12, não sendo possível utilizar o crédito neste processo. (**Art. 315.** *A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte*).

Ressalte-se ainda que do valor de R\$388.709,23 exigido na infração 1, o sujeito passivo reconheceu como devido o valor de R\$350.804,65, conforme extrato do SIGAT à fl. 304.

Fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 1.

Com relação à infração 2 (recolhimento a menos em decorrência dos valores apurados no livro RAICMS e o recolhido), cabe ressaltar que o valor exigido de R\$633,98 relativo ao mês de março/2013 foi reconhecido pelo recorrente, conforme extrato do SIGAT à fl. 304.

O recorrente argumenta que com relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de março, abril e maio de 2013, com valores respectivos de R\$84,23; R\$429,59 e R\$176,04 houve “*erro no envio dos arquivos do SPED implicou em diferenças indevidas no recolhimento do imposto*” (fl. 646) e requer revisão do débito apurado.

Observo que conforme demonstrativo de fl. 13 a fiscalização tomou como base os valores apurados e declarado na EFD e deduziu os valores que foram parcelados por meio da Denúncia Espontânea nº 600000.1460/13-0 restando as diferenças exigidas.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida os valores exigidos decorrem do desencontro entre os valores do imposto apurado e escriturado no livro RAICMS e recolhido a menos. Conforme apreciado na infração 1, não pode ser considerado os demonstrativos apresentados no recurso (fls. 646 a 648) que o sujeito passivo alega serem corretos, visto que não houve retificação da EFD e caso se trate de aproveitamento de créditos fiscais fora do prazo, depende de autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12.

Pelo exposto, fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 2.

Quanto à infração 3 (falta de recolhimento do ICMS retido) o recorrente alega que também houve erro no arquivo do SPED enviado, que não considerou as NFs de devolução acostadas na defesa.

Contesta a fundamentação do julgamento da primeira instância que “*por se tratar de utilização extemporânea de crédito fiscal*” deve requerer autorização da Inspetoria Fazendária nos termos do art. 315 do RICMS/2012 e apresenta demonstrativo dos valores corretos apurados no mês de outubro/2013 que diverge do apurado pela fiscalização elaborado de acordo com a EFD.

Inicialmente observo que esta infração refere-se a valores retidos e não recolhidos nos meses de julho a dezembro de 2013 (EFD), totalizando R\$284.402,92 conforme demonstrativo de fl. 17.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente apresentou demonstrativo apenas relativo ao mês de outubro/2013 cujo valor do ICMS-ST totalizando R\$56.785,75 *foi deduzido valor de devoluções de vendas de R\$3.170,64* enquanto o fiscal considerou valores relativos à *devolução de R\$1.732,60*.

O recorrente reconhece como valor do ICMS-ST restando valor a ser recolhido no mês de outubro de R\$53.615,11 e não o apontado pela fiscalização de R\$55.053,15 naquele mês.

O recorrente alega que a fiscalização em relação ao mês de outubro/2013 considerou valor das devoluções totalizando R\$1.732,60. Entretanto o valor exigido naquele mês de R\$53.615,11 refere-se ao valor que foi apurado pelo estabelecimento autuado e declarado na EFD, conforme demonstrativo juntado à fl. 17, sem que tenha havido qualquer pagamento no citado mês.

Pelo exposto, as cópias de notas fiscais de devoluções e de vendas acostadas à defesa (fls. 205 a 220) não faz prova do pagamento do ICMS-ST que foi apurado e declarado pelo contribuinte.

E como apreciado no julgamento da primeira instância e fundamentado quanto às infrações anteriores (1 e 2), as notas fiscais juntadas com a defesa caso se trate de utilização de crédito

fiscal, caberia a retificação da EFD no prazo legal ou solicitação de autorização ao titular da Inspetoria Fazendária, conforme art. 315 do RICMS/12.

Assim sendo, fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 3.

Relativamente à infração 4 (omissão de saída apurado em levantamento quantitativo de estoque) o recorrente reapresentou os argumentos defensivos (fls. 651 a 654) que em termos gerais não correspondem à realidade em decorrência de equívoco na declaração do seu inventário enviado ao SPED, citando como exemplo:

- A. Erro no cadastramento de produtos a exemplo do código 3888 (BIC. SILVER MULEKA 18V LILAS/BCO A26 F QAC) que constava 860 unidades e valor unitário irreal de R\$6,34;
- B. Item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como “quadro” mas se trata de “cubos”;
- C. Item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA classificado como “quadro” e trata se de Engrenagem Tripla.

Reapresentou o argumento defensivo de que corrigido os equívocos na EFD transmitida (inventários de 2012 e 2013) “o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, e as “possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284”, e “... com isso os novos cálculos de acordo com a nova apuração sai de espantosos R\$535.193,41 para R\$50.151,56”.

Observo que para esta infração foram reapresentados os argumentos contidos na defesa.

Constato que o levantamento quantitativo de estoques apresenta demonstrativo sintético à fl. 25 com respaldo nos demonstrativos analíticos de fls. 26 a 74, no qual foram relacionadas as quantidades das entradas, saídas e por documentos fiscais e os estoques (inicial e final - fls.75 a 97) e preços médios unitários (fls. 98 a 145) em conformidade com a Portaria nº 445/98.

Com relação às alegações reapresentadas no Recurso Voluntário constato que conforme fundamentado na Decisão proferida pela 2ª JF (fls. 408 a 410) na informação fiscal o autuante concordou com a defesa no sentido de que:

- a) Ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED e que tal erro ocorreu no cadastramento dos produtos, o que acabou embaralhando os códigos de alguns itens;
- b) Discordou com as alterações solicitadas em seus inventários de 2012 e 2013, por acreditar que neste caso não cabem mais retificações.

Quanto aos erros relativos aos produtos: 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO e CBP2 GENOVA 200 VIOLETA, o autuante na informação fiscal à fl. 298 esclareceu que resta claro que se trata de “cubos [RBX 26] e o classificado como “quadro” [CBP2 GENOVA 200 VIOLETA] trata-se de engrenagem tripla, conforme Notas Fiscais nºs 4889 e 66466.

Foi acolhido as alegações quanto a estes produtos o que resultou no refazimento dos demonstrativos originais que foram acostados às fls. 311 a 346, que implicou na redução do débito de R\$90.982,88 para R\$81.055,76, valor este que foi acolhido na Decisão proferida pela 2ª JF.

Pelo exposto, tendo sido apresentado argumentos e documentos fiscais junto à defesa quanto aos produtos ora reapresentados no Recurso Voluntário, constato que estes argumentos foram acolhidos no saneamento do processo na primeira instância no que se refere à infração 4. Por isso, não cabe o acolhimento dos argumentos reapresentados, por ter perdido o seu objeto.

Fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial da infração 4.

No que se refere à infração 5, o recorrente alega que se aplica o raciocínio apresentado relativo à infração 4, considerando que derivou do mesmo equívoco de escrituração e que seja considerado o cálculo de retenção do ICMS-ST no valor de R\$5.260,46, desconsiderando-se a multa aplicada.

Esta infração acusa falta de retenção do ICMS-ST, apurado no mesmo levantamento quantitativo de estoques da infração 4, que por se tratar de operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, foi exigido o ICMS-ST totalizando R\$56.123,08.

Como apreciado anteriormente os erros apontados relativos a produtos classificados de forma errada foram corrigidos pela fiscalização o que implicou na redução do débito para R\$40.072,38 conforme demonstrativo sintético de fl. 311.

Portanto, não tendo apresentado outros argumentos ou provas fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial da infração 5.

No que tange ao argumento de que as multa impostas são desproporcionais e confiscatória, observo que as multas aplicadas são previstas no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/96, portanto são legais. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 14), exceto a multa de 150% da infração 3 não está sujeita a redução.

Se atendida às condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, as multas aplicadas podem ser contempladas com redução de até 70%:

Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII do art. 42 desta Lei, será reduzido de:

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal;

II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;

III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral.

De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0603/14-3**, lavrado contra **SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$795.564,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$430.105,45, 100% sobre R\$81.055,76 e 150% sobre R\$284.402,92, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "b", "e" e "f", III e V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS