

PROCESSO - A. I. N° 281231.0023/16-0
RECORRENTE - CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA.-EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0043-04/17
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0126-11/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado que o estabelecimento autuado apurou de forma equivocada a redução da base de cálculo aplicada na prestação de serviços de TV por assinatura e de acesso à internet. Infração procedente. Mantida a Decisão. **b)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO. Afastada a exigência fiscal relativo a operações não sujeitas a incidência do imposto da diferença de alíquota. Infração subsistente em parte. 2. MULTA. **a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO NO PRAZO REGULAMENTAR. EFD. De ofício retificada a multa que ficou limitada ao porcentual de 5% do valor das divergências apuradas. Infração subsistente, porém com adequação da penalidade. Modificada a Decisão recorrida **b)** DIVERGÊNCIAS DE INFORMAÇÕES DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS. Infração procedente. Não acolhido o pedido de diligência ou de perícia fiscal. Rejeitada as nulidades suscitadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime quanto ao mérito e por maioria com voto de qualidade em relação à redução das multas das infrações 3 e 4.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, com vistas à reforma da Decisão de 1ª Instância em relação às infrações 1 a 5.

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2016 exige crédito tributário de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$511.821,28 relativo às seguintes infrações:

1. Recolheu a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, 2013 e 2014 - R\$408.985,38 - Multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a dezembro de 2014 - R\$19.300,47 - Multa de 60%;
3. Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Valor da Multa: R\$27.032,32;
4. Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Valor da Multa: R\$44.994,76;

5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses junho a dezembro de 2014 - R\$11.508,35 - Multa de 60%;

Na Decisão proferida a 4^a JJF (fls. 441 a 457) inicialmente negou o pedido de realização de diligência ou perícia fiscal, por entender que os elementos contidos nos autos era suficientes para a formação da convicção dos julgadores e não depender do conhecimento especial de técnicos, em vista das provas contidas nos autos (art. 147, I, a, b e II a , b do RPAF/BA).

Afastou as preliminares de nulidades suscitadas, pontuando a regularidade do início da ação fiscal com a intimação para apresentar livros e documentos fiscais (fl. 12); a lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento do contribuinte em conformidade com o disposto no § 1º do art. 39 do RPAF/BA; a regularidade dos procedimentos adotados na ação fiscal (Termo de Intimação; encerramento com lavratura do Auto de Infração/Termo de Encerramento; ciência ao contribuinte) tudo em conformidade com o disposto no parágrafo 12, do artigo 28 do RPAF/BA; com relação às infrações 3, e 4, a regular intimação em 28/01/2016 (fl. 70) para retificar informações omitidas nos arquivos entregues, no prazo de cinco dias, o que não foi cumprido ensejando as penalidades previstas no art. 42, XIII-A, “I” e “m” da Lei nº 7.014/96. Quanto à infração 04, que a empresa foi intimada para com prazo 30 dias para corrigir arquivos magnéticos (fl. 191) em conformidade com o disposto no art. 708-B e § 5º do RICMS/97 e art. 261 § 16, e art. 261, § 2º, e § 4º do RICMS/2012 e Termo de Entrega de fl. 231 em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99 em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Apreciou ainda que as infrações foram descritas de forma compreensíveis, motivo pelo qual rejeitou as preliminares de nulidade trazidas na defesa.

No mérito apreciou que:

No mérito, na infração 01, que exige ICMS em razão de recolhimento a menor de ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, na modalidade de provimento por Acesso a Internet e por prestação de Serviço de Televisão por Assinatura, cujos demonstrativos encontram-se nas fls. 14 a 22 do PAF, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013, e de janeiro a dezembro de 2014, o sujeito passivo refuta a ocorrência e tenta demonstrar que teria recolhido corretamente o ICMS incidente sobre as mesmas operações de comunicação.

Incide o ICMS sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

O sujeito passivo justifica os recolhimentos que teria efetuado, por ter utilizado o benefício de redução de base de cálculo, posto que nas prestações de serviço de televisão por assinatura há previsão, na legislação, da incidência do ICMS com redução da base de cálculo.

Menciona o deficiente que teria ocorrido uma redução de 62,96% para serviço de televisão por assinatura, e de 81,48% para o serviço de Internet. Exemplifica que em janeiro de 2012, quando o Contribuinte prestou serviços de televisão por assinatura que somaram o valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$13.424,16. A partir daí, calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota (que nunca mudou no período) de 27%, obtendo o valor de R\$3.624,52.

Observo que já a partir do exemplo trazido pelo deficiente, vê-se que há um equívoco na interpretação da legislação e do qual resultou o recolhimento a menor do ICMS mensal, sobre as prestações de serviço de comunicação, objeto desta infração.

Consoante a legislação aplicável, tais como o Convênio ICMS 57/99, Cláusula primeira, III, RICMS/97, art. 86, V; RICMS/2012, art.267, II, a carga tributária deve alcançar o percentual de 10%, (dez por cento), a partir de 01/01/2001.

Contudo, o deficiente, erroneamente, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, e aplicou a alíquota de 27% do que resultou um valor de ICMS bem inferior ao permitido quando concedeu a redução de base de cálculo, que, em verdade, deve ser de tal monta que resulte na carga tributária de 10% sobre o valor das operações, e não da forma como calculou, cuja carga tributária alcançou em torno de 2%.

Outrossim, houve mudança na alíquota aplicada às operações de televisão por assinatura, por meio da Lei nº 12.609 de 27/12/12, que acrescentou o inciso V, caput do artigo 16, da Lei 7.014/96, passando de 25% para 26%.

Contudo, tal benefício fiscal, na modalidade de TV por assinatura, está condicionado ao adimplemento da obrigação tributária principal, sob pena da perda do referido benefício fiscal. Restando caracterizada a infração, o débito deve ser calculado sem a redução da base de cálculo, como dispõe a legislação, (RICMS/97).

Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

V - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária (...) de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (Conv. ICMS 57/99):

- a) a redução da base de cálculo será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de compensação do imposto (débito/crédito), hipótese em que deverá renunciar à utilização de quaisquer créditos fiscais, no período considerado;
- b) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal;
- c) o descumprimento da condição prevista na alínea "b" implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização."

E no RICMS/2012:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):

No que concerne à prestação de serviços de provimento de Internet, encontra-se regulamentada no art. 86, VI do RICMS/97, sendo que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/2012 (Conv. ICMS 78/01).

Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

VI - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/12 (Conv. ICMS 78/01), sendo que:

- a) a redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de compensação do imposto (débito/crédito);
- b) a opção pelo benefício previsto no caput do inciso VI, implica na renúncia a utilização de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.
- c) nas prestações de serviço de Internet em que o estabelecimento prestador esteja localizado em unidade federada diversa da do usuário, o pagamento do imposto deve ser efetuado na proporção de 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização do usuário do serviço e 50% (cinquenta por cento) à unidade da Federação de localização da empresa prestadora (Convênio ICMS 79/03).

No RICMS/2012:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

IV - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação (Conv. ICMS 78/01);

O defendente argumenta que a legislação é confusa, não deixa claro como apurar o benefício fiscal, e que somente a partir de 2014 as cargas tributárias sobre o valor de serviço passaram a ser: 10% de TV por assinatura, 5% de Internet, ambas se enquadram no Código Fiscal de Operações sob o nº 5307, qual seja o de "Prestação de Serviço de comunicação a não contribuinte".

Assevera que o autuante apurou corretamente a base de cálculo e utilizou a alíquota correta, no que concerne ao serviço de Internet, com redução de base de cálculo que implique em tributação efetiva de 5% do valor do serviço prestado.

Quanto à alegação de que não pode ser apenado em virtude de a legislação ser confusa, ou "mal formulada", não pode ser aceita, pois a legislação é clara e caso houvesse dúvida em relação à sua interpretação, o

contribuinte poderia ter formulado Consulta à Administração Tributária, nos termos do art. 55 do RPAF, Decreto 7.629/99, “é assegurado ao sujeito passivo ou entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis o direito de formular consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, em relação a fato determinado e de seu interesse.”

Infração procedente.

Na infração 02, aponta-se a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

De imediato a sociedade empresária reconhece o valor de R\$6.996,95. Aponta que há mercadorias que ingressaram no estabelecimento por retorno de substituição em garantia, comodato, outras notas fiscais foram canceladas, questões que o autuante enfrentou como segue:

- Nota Fiscal nº 5495 de 17.07.2014 — Apesar de constar no demonstrativo de apuração do imposto relativo a esta infração nenhum Documentos Fiscal de nº 5495, através do valor mencionado e da data, respectivamente R\$1.500,00 e 17.07.2014, localizou-se a Nota Fiscal nº 4595 — efetivamente consta no corpo da nota fiscal a referência à devolução e retorno de substituição em garantia;
- Nota Fiscal nº 4687 de 03.10.2014 — Consta na nota fiscal informações de retorno de bem recebido para conserto;
- Nota Fiscal nº 4747 de 22.10.2014 — *idem* ao acima;
- Notas Fiscais nºs 62 e 63 de 09.09.2014 — quanto ao questionamento de que foram canceladas, além da informação na defesa, há a Nota Fiscal nº 64, na mesma data, além de coincidirem os bens, valores e emitentes;

Quanto à entrada por comodato, apesar de a defesa não mencionar nenhuma nota fiscal, o autuante localizou as Notas Fiscais nºs 237 de 21.07.2014 e 357 de 24.07.2014, sob CFOP 2908, que se refere à remessa de bem em comodato.

No tocante à falta de recolhimento de ICMS devido na aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo, opina o autuante a esse Colendo Conselho que reduza os valores de ICMS lançados, conforme quadro de fls. 416/417.

Concordo com as alterações promovidas pelo autuante, e de acordo com o demonstrativo de fls. 416/417, como segue: Junho de 2014, ICMS no valor de R\$5.747,78; Setembro de 2014, ICMS no valor de R\$2.543,46; Outubro de 2014, ICMS no valor de R\$6.443,41. Dessa forma o total da infração passa a ser de R\$18.567,29.

Infração procedente em parte.

A infração 03, é resultante da multa por descumprimento de obrigação acessória, por não atter atendido a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente ao mês de janeiro a dezembro de 2014.

Consoante o documento de fl. 70, o contribuinte foi intimado para entregar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, mas entregou-a com a falta de informações exigidas, a exemplo dos Registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E.

O autuante esclareceu que o contribuinte novamente intimado para entregar os arquivos devidamente corrigidos, em substituição aos anteriores, permaneceu com as mesmas omissões, o que se pode verificar no documento de fls. 72, já que mesmo sendo o arquivo em substituição ao anteriormente enviado, fato que se confirma pela informação no terceiro campo, da segunda linha, que se refere ao código da finalidade do arquivo, o número “1” (1 - Remessa do arquivo substituto, vide Guia Prático da EFDICMS/IPI, N°. 03 do Bloco O).

Dianete desta ocorrencia aplicou a penalidade de 1% sobre os valores das entradas, conforme disposto no art. 42, XIII-A, “L”, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Verifico que foi juntado ao Auto de Infração, tanto as informações em meio magnético (mídia - fis. 230) com o devido recibo de cópia entregue ao contribuinte, como em documentos impressos, fis. 71 à 178, subdividindo-as, para melhor demonstração em “documentos relativos a EFD antes a intimação” e “documentos relativos a EFD após a intimação para proceder retificação”, onde se observa que as omissões dos registros referenciados na intimação de fis. 70(a exemplo dos registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697 e os registros do bloco E) permaneceram.

Infração procedente.

A infração 04 decorreu da multa por ter fornecido arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária,

requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, relativos aos períodos de janeiro a dezembro de 2012, e de janeiro a dezembro de 2013.

A multa encontra amparo no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei 7.014/96, como segue:

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;

O demonstrativo das infrações anexo à fls. 180 a 189, denota o acerto na aplicação da multa adrede descrita.

Ademais, constam no processo documentos que demonstram que o contribuinte, no início da ação fiscal, não havia efetuado a transmissão dos referidos arquivos, exceto em relação ao mês 12/2012, pelo que foi intimado em 28.01.2012, para efetuar o cumprimento dessa obrigação acessória, conforme se verifica no documento de fls. 200 e 201. Somente após a referida intimação é que a empresa efetuou a transmissão dos arquivos, fato que pode ser confirmado no documento "Relação dos Arquivos Recepcionados", obtido no sistema da SEFAZ, chamado Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos — SCAM, emitido em 29.02.2016 (fls. 209 à 212).

O autuante, dessa forma, iniciou a verificação das informações contidas nos arquivos eletrônicos, constatando-se inúmeras omissões e divergências entre as informações neles contidas e as informações contidas no livro de Registro de Entradas e no livro de Registro de Saídas. Diante desta situação, novamente intimou o sujeito passivo, em 01.03.2016, desta feita para que se procedessem as devidas retificações (fls. 191), momento em que juntou "LISTAGEM DE DIAGNOSTICO" das citadas omissões e divergências detectadas (fls. 192 à 199).

O autuante esclareceu que diante dessas intimações, o contribuinte efetuou, entre as datas de 28 e 29.03.2016, novamente as transmissões dos arquivos magnéticos em questão, conforme se visualiza no relatório "Relação dos Arquivos Recepcionados", fls. 220 à 227.

Assim, em virtude das novas transmissões, iniciou, pela segunda vez, a verificação das informações contidas nos arquivos, confrontando-as com os livros de Registro de Entradas e de Saídas, procedimento que culminou com as identificações de omissões e/ou divergências relacionadas nos documentos de fls. 182 a 189, impondo-se as penalidades descritas nos demonstrativos de fls. 180 e 181.

De fato, verifico que os prazos regulamentares foram obedecidos, quando foi concedido ao contribuinte o prazo de 05 (cinco) dias úteis para transmissão de arquivos e de 30 (trinta) dias para as retificações das inconsistências apontadas em relatórios, como determina a legislação, como já analisado quando das arguições de nulidade do Auto de Infração.

Desse modo, por não ter corrigido os arquivos eletrônicos – SINTEGRA, está correta a aplicação da multa disposta nesta infração.

Infração procedente.

A infração 05 resultou da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Novamente a defesa alega que foram inclusas no levantamento fiscal notas fiscais relativas a entradas oriundas de remessas para conserto, por comodato, e que juntaria o Anexo V para comprovar sua assertiva. Contudo, não o fez nem demonstrou que recebeu bens em comodato, ou com posterior devolução.

Da análise do levantamento fiscal, planilhas de fl.229, são objeto da infração "cabo de tv", "graxa", parafuso, cabo, dentre outros que denotam a sua destinação para uso e consumo, porquanto a sociedade empresária não comercializa tais mercadorias, mas exerce a prestação de serviço de comunicação. Infração procedente.

Quanto à multa, também contestada pelo defensor, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto exigido no presente lançamento, estando correto o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, sendo que 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, consoante o art. 158, do RPAF/99.

Não restou comprovado nos autos que o fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos

documentos fiscais correspondentes não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, portanto as multas pelo descumprimento de obrigações acessórias ficam mantidas.

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

No Recurso Voluntário interposto (fls. 471/486), o recorrente destaca a sua tempestividade e suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que houve violação à ampla defesa e ao contraditório, em razão de ter na impugnação requerido a produção de provas, realização de diligência e a perícia contábil que foram negadas, contrariando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório previsto no inciso LV do art. 5º da CF.

Transcreve texto de doutrinadores acerca do direito de acesso à prova, o direito de apreciação de prova e o direito à impugnação à prova, a previsão de realização de diligência ou perícia prevista no art. 149-A do RPAF/BA e a falta de ciência ao sujeito passivo e ao autuante, o que no seu entendimento conduz a nulidade nos termos do § 1º do art. 18 do citado Regulamento.

No mérito, transcreve as cinco infrações que foi acusado o seu cometimento (fl. 474) e com relação ao recolhimento a menor do ICMS sobre atividade de comunicação (infração 1), afirma que há um claro equívoco na redação dos dispositivos que tratam da Redução da Base de Cálculo (RBC) do ICMS na prestação de serviços, o que foi suscitado no processo de consulta contido no Acórdão JJF Nº 0043-04/17.

Afirma que diante da dúvida da interpretação da legislação, na primeira autuação (AI 217445.0301/13-4) foi requerida diligência a ASTEC/CONSEF para verificar quanto à interpretação das normas de ICMS aplicáveis ao caso, e após o levantamento dos arquivos contábeis e das notas fiscais emitidas, chegou à mesma interpretação dada pelo contribuinte à forma de apuração do ICMS sobre serviços de comunicação, o que somente reforçou sua convicção.

Ressalta que o demonstrativo de débito elaborado pela ASTEC ao interpretar a norma chegou à mesma conclusão que o contribuinte quanto aos valores a pagar (fls. 495 e 496).

Argumenta que tanto naquele como nestes autos o CONSEF fundamenta que há uma clareza normativa na regulamentação da matéria, mas o próprio órgão consultivo (ASTEC) teve mesma interpretação do contribuinte o que seria o suficiente para validar tal interpretação.

Afirma que a descrição da infração e planilhas anexas aos autos indica que os serviços prestados são contemplados com uma redução da base de cálculo de 62,96% para o serviço de televisão por assinatura e de 81,48 % para o serviço de internet, mas não se sabe qual a origem da base de cálculo aplicada pela fiscalização, por falta de clareza e planilhas não esclarecedoras.

Quanto à alíquota afirma que não restam dúvidas que a ser aplicada é a de 27% acrescida o percentual de 2 % destinada ao fundo de combate à pobreza (art. 51, II, 1 do RICMS/97).

No que se refere à base de cálculo, afirma que o art. 86, V do RICMS/97 (Dec. 7.725/99) previa redução da base de cálculo nas prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 5% até 31/12/99, 7,5% até 31/12/00 e de 10% a partir de 01/01/2001 (Conv. ICMS 57/99).

Destaca que o próprio RICMS/97 informava a redução da base de cálculo que foi autorizada pelo Convênio ICMS 57/99 (fl. 477), porém a redação de ambas as normas “não é das melhores”, por tratar de redução de base de cálculo que interpreta de forma efetiva para incidência do imposto, sem mencionarem nova fixação de alíquota o que exige interpretação mais restritiva para o Estado.

Diz que diante de tal interpretação da aplicação da redução de base de cálculo, a exemplo do mês de janeiro/2012, prestou serviços de televisão por assinatura no valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% sobre o total da prestação de serviços, tendo por base de cálculo justamente o valor de R\$13.424,16 e calculou e pagou ICMS aplicando a alíquota de 27% obtendo o valor de R\$3.624,52.

Argumenta que a sua interpretação é a única possível e mais plausível, afirmando que se a vontade do legislador fosse reduzir a base de cálculo em 62,96%, teria o feito expressamente a exemplo do disposto no art. 76 (RICMS/97) que estabeleceu a redução da base de cálculo nas operações com veículos automotores, determinando que a redução seria de 75%, 50% ou 25%, sem redação complexa e dúbia como a do artigo que estabeleceu a redução para as prestações de serviço de televisão por assinatura.

Alega que reforçam esta linha de argumentação a redação do novo Regulamento (RICMS/2012) cuja legislação que era confusa melhorou um pouco ao indicar no art. 267, II que “*das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10%*” e IV – “*; das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação (Conv. ICMS 78/01)*”

Conclui que com relação à redação anterior (RICMS/97) e atual (RICMS/12):

Ora, se não fosse outra a vontade do legislador anterior a esta alteração do texto legal, não haveria necessidade de alteração do mesmo. Logo, somente após 2014 as cargas tributárias sobre o valor de serviço passaram a ser: 10% de TV por assinatura; 5% de internet.

Pondera que a ASTEC em seu parecer (fl. 494) teve a exata compreensão da norma atestando como correto os cálculos feitos pelo contribuinte e deve prevalecer, ficando claro que a norma não estabeleceu uma redução da base de cálculo à base de 60%, e sim reduções para 5%, 7,5% e 10% do total dos serviços prestados pelo contribuinte prestador de serviços de televisão por assinatura, motivo pelo qual a Decisão de primeiro grau merece reparo parcial.

No tocante à infração 2 (diferença de alíquota/ativo) diz que reconhece sua falha parcial consoante planilha, notas fiscais e cancelamentos de notas fiscais apresentado na impugnação, reconhecendo valor de R\$6.996,95.

Afirma que há situações diversas de ingresso de mercadorias no estabelecimento: “retorno de substituição em garantia”; notas canceladas pelo emitente, cujos comprovantes foram anexados; equipamentos recebidos em comodato, que não incide diferencial de alíquota.

Requer reformar da Decisão, reconhecendo como devido o valor de R\$6.996,95.

No tocante às infrações 3 e 4, relativas à aplicação de multas prevista no art. 42, XIII-A, “i” e “l” da Lei nº 7.014/96, transcreve à fl. 481 os mencionados dispositivos e ressalta que as infrações acusam “*deixar o contribuinte de atender a intimação de entrega de arquivo eletrônico ou de corrigir eventuais informações divergentes*”, mas que não há notificações destinadas ao contribuinte, motivo pelo qual devem ser declaradas nulas as infrações.

Argumenta que a interpretação da norma tributária deve ser sistemática, considerando não somente a norma em si como o ordenamento jurídico em que está inserida, ignorando seu inteiro teor, em especial os parágrafos 7º e 8º, que flexibilizam ou dispensam da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória quando não constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação.

Aduz que não há na sua conduta qualquer indício de prática de fraude, dolo ou simulação, ocorrendo no máximo erro humano que não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário, o que conduz a aplicação do disposto nas orientações contidas nos artigos 108 e 112 do Código Tributário Nacional (CTN) que elegem a equidade como norma interpretativa das penalidades aplicáveis aos contribuintes.

Ressalta que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais já reduziu substancialmente este mesmo tipo de multa a 10% do valor de sua lavratura, conforme texto das fls. 482/483 (não identifica o Acórdão) e deve ser aplicado o disposto no art. 42, §7º da Lei 7.014/96, combinado com o art. 112, IV do CTN, aplicando a penalidade mais branda, qual seja, a dispensa da referida

multa.

Questiona ainda a ocorrência de *bis in idem*, ao teor do disposto no art. 42, §5º da Lei nº 7.014/96, que prevê:

Art. 42. (...)

§ 5º - A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

Transcreve Decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Acordão nº 19.344.11/12) acerca de multa por não apresentação da GFIP cumulativa com a exigência da contribuição previdenciária devida.

Ressalta que com relação à infração 3, o Anexo 111 demonstra que os arquivos foram entregues nos prazos devidos, supostamente com informações omitidas. Porém, o relatório acostados aos autos pela fiscalização é ininteligível e que não havendo falta de entrega não há o que se discutir o seu conteúdo, ainda que com informações omitidas.

Sobre a infração 4, afirma que o valor utilizado para apuração da multa não é compatível com as divergências apuradas, conforme listado no Anexo IV, as diferenças são de R\$10.094,00 no exercício de 2012 e de R\$2.420,00 no exercício de 2013 cuja multa somente poderia ser lançada sobre estes valores, motivo pelo qual a Decisão de primeiro grau merece reparo parcial.

Alega que além de arbitrar a base de cálculo pela aplicação do redutor de 60% sobre o total dos serviços prestados (televisão por assinatura e de provimento de acesso à internet), a fiscalização aplicou multa de 60% por conta do suposto equívoco, penalizando o contribuinte pela legislação mal formulada.

Transcreve o art. 112 do CTN e ementa de julgado pelo STJ (AC: 411365 PE 2002.83.00.013649-6) preconizando que na dúvida deve ser aplicada a interpretação que for mais benéfica ao contribuinte, tendo em vista que por supostamente ter deixado de recolher tributo corretamente em razão da interpretação quanto à redução da base de cálculo, na dúvida há de se aplicar uma multa de no valor mínimo de 20% por recolhimento em atraso.

Por fim requer declaração da nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto o recorrente suscitou a nulidade da Decisão sob o argumento de cerceamento do direito de defesa por ter sido negado a realização de diligência ou perícia contábil.

Conforme fundamentado na Decisão proferida a 4ª JJF fundamentou a negação do pedido de realização de diligência ou perícia fiscal, por entender que os elementos contidos nos autos eram suficientes para a formação da convicção dos julgadores e não depender do conhecimento especial de técnicos. Entendo que conforme disposto no art. 147, I, “a”, “b” e II, “a” e “b” do RPAF/BA é uma faculdade do julgador deferir ou indeferir os pedidos de realização de diligências ou perícias. Portanto a sua negativa não implica em cerceamento do direito de defesa.

Constato que na situação em questão a diligência requisitada objetiva aferir a constituição da base de cálculo na prestação de serviços de TV por assinatura e internet. Diante dos demonstrativos apresentados pela empresa e pela fiscalização contendo os mesmos dados, a questão que se apresenta é quanto ao cálculo do imposto devido apurado pela empresa e pela fiscalização, que não se justifica a realização de diligência ou perícia, pois será analisado como questão de mérito.

No mérito, quanto à infração 1 (recolhimento a menor do ICMS sobre atividade de comunicação), o recorrente afirma que a fiscalização equivocou-se na interpretação dos dispositivos que trata da RBC e que em diligência realizada pela ASTEC/CONSEF no AI 217445.0301/13-4 o diligente chegou à mesma interpretação do recorrente quanto à apuração do ICMS sobre serviços de comunicação.

Com relação à citada diligência cuja cópia foi juntada às fls. 494 a 500, observo que a mesma foi determinada pela 4ª JJF e na Decisão contida no Acórdão JJF 0195-04/16 foi fundamentado que:

... em nada acrescentou ao processo, em que pese à capacidade do diligente que a fez.

Isso porque não esclareceu, na ótica do julgador, como foi apurada a base de cálculo para o recolhimento do imposto, bem como se a metodologia utilizada pela empresa atende aos comandos regulamentares. Ou seja; ela foi pouco esclarecedora, inclusive, sendo refutada em suas conclusões pelo próprio autuante. Além disso, suas conclusões não vinculam o julgador, frente à vigência do princípio do livre convencimento motivado, razão pela qual não acolho as suas conclusões.

Portanto, no julgamento do AI 217445.0301/13-4 não foi acatado o resultado da diligência carreada aos autos e por isso não pode servir de parâmetro para a apuração da RBC com relação a esta autuação.

A questão que se apresenta é quanto a interpretação dada a RBC prevista para a prestação de serviço de comunicação e de serviço de provimento da internet conforme Convênio ICMS 57/99.

Observo que as regras contidas no Convênio ICMS 57/99 foram incorporadas no RICMS/97 (vigorou até março de 2012) e RICMS/2012. Como o período autuado engloba os exercícios de 2012 a 2014, transcrevo abaixo as regras pertinentes:

RICMS/1997

Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

V - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária (...) de 10% (dez por cento), a partir de 01/01/01, sendo que (Conv. ICMS 57/99):

*....
VI - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação, até 31/12/12 (Conv. ICMS 78/01), sendo que:*

RICMS/2012:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):

IV - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação (Conv. ICMS 78/01);

Percebe-se que tanto no período anterior a abril de 2012 (RICMS/97) e depois, as regras eram as mesmas, ou seja previsão de RBC nas prestações de serviços de televisão por assinatura de forma que a incidência do imposto “resulte numa carga tributária de 10%” ou provimento de acesso à Internet, de forma que a “carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 %”.

O recorrente exemplificou que no mês de janeiro/2012, prestou serviços de televisão por assinatura no valor de R\$134.241,67, aplicou o percentual de 10% que resultou em base de cálculo de R\$13.424,16 sobre a qual aplicou a alíquota de 27% obtendo o valor de R\$3.624,52.

Já a fiscalização para o mesmo mês, relativo a serviços de:

- TELEVISÃO POR ASSINATURA: os serviços prestados no valor de R\$134.241,67, aplicou a redução da base de cálculo de 62,9629% o que resultou em base de cálculo de R\$49.719,22 sobre a qual aplicou a alíquota de 27% o que resultou em valor devido de R\$13.424,19 (FL. 17) que equivale a uma carga tributária de 10% do valor do serviço prestado.

- ACESSO A INTERNET: os serviços prestados no valor de R\$68.221,59, aplicou a redução da base de cálculo de 81,4814% o que resultou em base de cálculo de R\$12.708,24 sobre a qual aplicou a alíquota de 27% o que resultou em valor devido de R\$3.431,23 (FL. 20).

Em seguida no demonstrativo sintético de fl. 14, somou os valores apurados por serviço de tv por assinatura (R\$13.424,19) e acesso a internet (R\$3.431,23) totalizando R\$16.855,42 e deduziu dos valores pagos pela empresa (R\$3.351,91) o que resultou no valor exigido de R\$13.503,51.

Pelo exposto, está correta a interpretação feita pela fiscalização na apuração dos valores do ICMS devido relativo à prestação do serviço de TV por assinatura tendo em vista que apurou valor devido que resultou em *uma carga tributária de 10%, a exemplo do mês de janeiro/2012* que teve prestação de serviço no valor de R\$134.241,67 e ICMS exigido equivalente à carga tributária de 10% (R\$13.424,19).

Da mesma forma, correto o cálculo do ICMS devido relativo a serviço de acesso a internet com carga tributária equivalente a 5%.

Assim sendo, considero correta a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente a infração 1.

Quanto à infração 2 (diferença de alíquota/ativo) o recorrente reconhece ter cometido falhas na apuração do imposto, mas há situações que não houve ingresso de mercadorias (retorno/garantia; NF canceladas, equipamentos/comodato) que não incide diferença de alíquota e reconhece como devido o valor de R\$6.996,95.

Com relação a estas alegações constato que na Decisão recorrida foi afastado a exigência de valores relativos a NF 5495 (devolução/garantia); NF 4687 e 4747(retorno/conserto); NFs 62 e 63 (canceladas); 237 e 357 (comodato), conforme demonstrativo apresentado pelo autuante no quadro de fls. 416/417.

Pelo exposto, não tendo indicado de forma objetiva quais mercadorias consignadas em notas fiscais que não foram consideradas no julgamento da primeira instância, nem apresentado outras provas referentes às suas alegações, considero que houve apenas negativa de cometimento da infração o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/BA). Fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 2.

Com relação às infrações 3 e 4 (multas/arquivo magnético) o recorrente alegou que:

- A) Não houve notificações e devem ser declaradas nulas as infrações;
- B) O descumprimento de obrigação acessória não implicou em fraude, dolo ou simulação, não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário e devem ser reduzidas nos termos do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96;
- C) Questiona ainda a ocorrência de *bis in idem*, por entender que deve ser absorvida pelas multas decorrente de descumprimento de obrigação principal nos termos do art. 42, §5º da Lei nº 7.014/96;

No mérito, argumentou que os arquivos foram entregues nos prazos devidos, não havendo falta de entrega apontada na infração 3, e que na infração 4, conforme listado no Anexo IV, as diferenças apuradas são de R\$10.094,00 no exercício de 2012 e de R\$2.420,00 no exercício de 2013 cuja multa deverá ser lançada nestes meses.

Observo que estes argumentos foram apresentados na impugnação inicial e apreciados na Decisão proferida pela primeira instância.

Com relação à ausência de notificações, a infração 3 aplica multa por não ter atendido a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) e o documento juntado à fl. 70, indica que o estabelecimento autuado entregou a EFD, sem as informações exigidas (Registros D500, D510, D590, D610, D690, D696, D697, todos dos blocos D e E), tendo sido

intimado para retificar os arquivos em 28/01/16.

E conforme esclarecido na informação fiscal, nos arquivos entregues pós intimação em substituição aos anteriores (fls. 72 a 178), permaneceu com as mesmas inconsistências o que motivou a aplicação da penalidade de 1% sobre os valores das entradas, nos termos do art. 42, XIII-A, “L”, da Lei nº 7.014/96.

Com relação à infração 4 (arquivo magnético com dados divergentes dos documentos fiscais), relativo ao argumento de falta de notificação, verifico que em 28/01/2012 a empresa foi intimada para retificar os arquivos magnéticos apresentados sem os registros 10, 11, 50, 51 e 60 (fls. 200 e 201). Os documentos juntados às fls. 203 a 227 indicam a relação de arquivos recepcionados, sem os registros.

Nova intimação do dia 01/03/16 (fl. 191) indica inconsistências e listagem de diagnóstico (fls. 192 a 227), concedendo prazo de trinta dias para retificar os arquivos magnéticos (fl. 191) e não tendo sido atendido, resultou na aplicação da multa pela falta de entrega ou entrega com inconsistências.

Pelo exposto, restou comprovado que o recorrente foi regularmente intimado para fazer a entrega da EFD e arquivos magnéticos entregues com ausências de dados, porém fez entrega sem dados ou com dados divergentes dos documentos fiscais, tendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para transmissão de arquivos e de 30 (trinta) dias para as retificações das inconsistências apontadas, conforme previsto nos artigos 247 a 250 do RICMS/2012 e artigos 686 e 708-B do RICMS/97 e artigos 259 e 261 do RICMS/2012, o que culminou na aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas (infração 3 – fl. 69) e de 5% sobre as divergências apuradas, limitado a 1% do valor das saídas (infração 4 – fl. 180), conforme disposto no art. 42, inciso XIII-A, alíneas “i” e “l” da Lei nº 7.014/96.

No tocante a alegação de que a entrega da EFD com ausência de dados e de arquivos magnéticos contendo inconsistências e divergências com os documentos fiscais não tenham caracterizado fraude, dolo ou simulação ou falta de recolhimento de tributo, entendo que com relação à fraude e dolo, não existe nada no processo que demonstre tais ocorrências.

Quanto ao terceiro requisito previsto no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, ou seja, implicado em falta de recolhimento de tributo, observo que a ausência de registros ou divergências de dados (inventários, omissão e divergências nos registros 50, 53 e 54 – vide fl. 180) dificulta o exercício das atividades de fiscalização com aplicação de roteiros de auditorias de estoques, créditos, substituição tributária, etc. Consequentemente, comprovado que a apresentação da EFD estava desprovida de dados ou arquivos magnéticos sem dados ou com dados divergentes, não se pode afirmar que não implica em falta de recolhimento de tributos. Por isso, fica rejeitado o pedido de redução das multas aplicadas nas infrações 4 e 5.

No que se refere à alegação de ocorrência de *bis in idem*, por aplicar multas concomitantes de descumprimento de obrigação principal e acessória observo que o art. 42, §5º da Lei nº 7.014/96 estabelece que:

§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância.

Na situação presente a infração 1 acusa recolhimento a menos de ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação e as infrações 2 e 5 acusam falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota (ativo e consumo), acrescidas das multas de 60% por descumprimento de obrigação principal, cujas operações foram regularmente escrituradas.

Já as infrações 3 e 4 aplicam multas por descumprimento de obrigação acessória, por não atender a intimação para entrega de arquivo eletrônico da EFD e pelo fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos documentos fiscais. Portanto, as multas pertinentes as

infrações 1, 2 e 5 (obrigação principal) não é “... *conseqüência direta do descumprimento da obrigação acessória...*”, que foi aplicada nas infrações 3 e 4. Por isso, não acato o pedido de que os valores das multas das infrações 3 e 4 (obrigações acessórias) sejam absorvidas pelas multas aplicadas nas infrações 1, 2 e 5 (obrigação principal).

Por fim, quanto o argumento de mérito, de que as multas das infrações 3 e 4 deveriam recair apenas sobre os valores das diferenças apuradas de R\$10.094,00 (fl. 355) no exercício de 2012 e de R\$2.420,00 (fl. 380) no exercício de 2013, observo que na Decisão ora recorrida foi fundamentado que após a entrega da EFD e dos arquivos Sintegra retificados permaneceram as inconsistências que motivam a aplicação das multas.

No que se refere à infração 3, o demonstrativo original à fl. 69 indica aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas (2014) em decorrência da entrega da EFD sem as informações exigidas na legislação.

Conforme documento de 28/01/16, a empresa foi intimada para fazer entrega da EFD por não constar na que foi entregue os registros D500, D510, D590, D610, D690, D696 e D697 todos do bloco D.

Por sua vez, o recorrente apresentou um demonstrativo à fl. 355 relativo ao exercício de 2012. Como não foi aplicada multa relativa a este exercício (2012) fica prejudicado a sua análise.

Entretanto o recorrente acostou à fl. 313 um demonstrativo sintético no qual indicou as diferenças dos valores indicados no livro fiscal e na EFD.

A fiscalização na informação fiscal afirmou que a EFD entregue em atendimento a intimação, cujas cópias foram acostadas às fls. 72 a 178 demonstram que persistiram a ausência dos citados registros e considerou como não entregue, e fez a aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas do período, no caso o exercício de 2014 conforme demonstrativo de fl. 69, prevista no art. 42 XIII-A “i” da Lei nº 7.014/96, que prevê:

I) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Pelo confronto do demonstrativo da fiscalização (fl. 69) com o do estabelecimento autuado (fl. 313) constato que o que ocorreu de fato foi a entrega da EFD em atendimento a intimação com valores divergentes dos livros fiscais. Tomando por exemplo o mês de janeiro/2014 o autuante indicou valor das saídas (livro fiscal) de R\$213.712,41 enquanto a cópia do arquivo da EFD à fl. 316 indica valor de R\$215.049,98 o que resultou em diferença de R\$1.337,57 conforme indicado no demonstrativo da empresa.

Pelo exposto, entendo que deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, “i” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ou seja, 5% sobre o valor das prestações omitidas em arquivos eletrônicos, limitadas a 1% do valor das saídas:

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;

Consequentemente, tomo como base o demonstrativo da fiscalização (fl. 69) e das divergências indicadas pela empresa à fl. 313 e faço os ajustes, o que resultou em valor da multa da infração 3, de R\$4.840,70 conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Saídas - fl. 69	Multa 1%	Divergência-Fl 313	Multa 5%	Julg. 1ª CJF
31/01/2014	09/02/2014	213.712,41	2.137,12	1.337,57	66,88	66,88
28/02/2014	09/03/2014	222.691,66	2.226,92	6.707,50	335,38	335,38

31/03/2014	09/04/2014	211.895,84	2.118,96	5.756,28	287,81	287,81
30/04/2014	09/05/2014	237.722,47	2.377,22	18.490,56	924,53	924,53
31/05/2014	09/06/2014	217.314,66	2.173,15	4.819,45	240,97	240,97
30/06/2014	09/07/2014	218.213,13	2.182,13	5.255,37	262,77	262,77
31/07/2014	09/08/2014	221.082,54	2.210,83	1.670,93	83,55	83,55
31/08/2014	09/09/2014	236.487,77	2.364,88	10.415,05	520,75	520,75
30/09/2014	09/10/2014	220.419,53	2.204,20	14.477,96	723,90	723,90
31/10/2014	09/11/2014	229.841,39	2.298,41	13.661,01	683,05	683,05
31/12/2014	09/12/2014	236.956,03	2.369,56	8.342,96	417,15	417,15
01/12/2014	09/01/2015	236.894,08	2.368,94	5.879,21	293,96	293,96
Total		2.703.231,51	27.032,32	96.813,85	4.840,70	4.840,70

Portanto, fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 3, com a retificação de ofício do enquadramento e valor da multa aplicada, reduzindo o débito de R\$27.032,32 para R\$4.840,70.

No mérito, que os arquivos foram entregues nos prazos devidos, não havendo falta de entrega apontada na infração 3, e que na infração 4, conforme listado no Anexo IV, as diferenças apuradas são de R\$10.094,00 no exercício de 2012 e de R\$2.420,00 no exercício de 2013 cuja multa deverá ser lançada nestes meses.

Constatou que o demonstrativo apresentado pelo recorrente (fls. 355 e 380) indicam diferenças entre o livro Registro de **Entrada** e o Arquivo magnético (Sintegra). Tomando por exemplo o mês de janeiro /2012 o sujeito passivo indicou divergência zero, que foi a mesma apurada pela fiscalização no demonstrativo de fl. 180. Ocorre que a fiscalização indicou divergências sobre as **Saídas**_totalizando R\$25.780,00 sobre a qual foi aplicada multa de 5% (R\$1.289,00) limitada a 1% do valor das saídas (R\$2.175,11).

Com relação às divergências sobre as **saídas**, o recorrente indicou divergências zero no demonstrativo de fls. 355 e 380 para todos os meses. Tomando por exemplo o mês de janeiro/2012 o recorrente indicou saídas no livro de R\$215.875,88 e no Sintegra do mesmo valor (fl. 355). Entretanto o relatório à fl. 356 (janeiro/2012) indica saídas nos Registros 50 e 54 de R\$13.010,00 e R\$9.500,00 (transmitido em 29/03/16), enquanto o livro Registro de Saída à fl. 24 indica valor de saídas de R\$215.875,86.

Pelo exposto conforme fundamentado na Decisão ora recorrida o contribuinte foi intimado em 28/01/2016, para efetuar correção dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2012 e 2013 (fls. 200 e 201) que foram retransmitidos em 29/02/2016 (fls. 209 à 212) e foi novamente intimado em 01/03/2016 para fazer retificações (fls. 191) conforme “LISTAGEM DE DIAGNOSTICO” das omissões e divergências detectadas (fis. 192 à 199), que novamente retransmitidos em 28 e 29/03/2016, permaneceu com inconsistências (fls. 220 à 227).

No demonstrativo de fls. 182 a 185 a fiscalização indicou as omissões e divergências relativo as entradas e nas fls. 186 a 189 sobre as saídas apuradas entre os livros de Registro de Entrada e Registro de Saídas x Arquivo Sintegra, consolidado nos demonstrativos de fls. 180 e 181, aplicando o porcentual de 5% sobre as omissões de divergências, limitado a 1% do valor das saídas, conforme disposto no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96 (acima já transcrito).

Pelo exposto, não tendo apresentado outros argumentos e provas capazes de desconstituir os valores apurados pela fiscalização em demonstrativos próprios, fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 4.

Relativamente à infração 5, embora o recorrente tenha indicado esta infração na fl. 474 do recurso interposto, no seu conteúdo não foi apresentado qualquer argumento contra a Decisão proferida pela 4ª JJF fundamentando que os materiais relacionados à fl. 229 (arame, abraçadeira, bucha, fita, marcador, cabo, graxa, caixa plástica, etc.) são destinados a uso ou consumo e devido o ICMS da diferença de alíquota.

Por fim, o recorrente argumenta que a multa aplicada com porcentual de 60% (infração 1) decorre de interpretação da legislação e na dúvida deve ser interpretada de maneira mais favorável ao

acusado, ou por ser cancelada nos termos do art. 112 do CTN, ou reduzida para 20% por ser abusiva.

Conforme fundamentado na Decisão recorrida à multa aplicada com percentual de 60%, decorre da falta de recolhimento do imposto (infração 1) e é legalmente prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Também em se tratando de multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, esta Câmara de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar o pedido de dispensa ou redução, de acordo com o disposto no art. 158, do RPAF/BA.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, e de ofício, faço a alteração do enquadramento da multa aplicada na infração 3, reduzindo o débito de R\$27.032,32 para R\$4.840,70. Assim, o montante do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE/N.PROVIDO	408.985,38	408.985,38	408.985,38	60%
02	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO	19.300,47	18.567,29	18.567,29	60%
03	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO	27.032,32	27.032,32	4.840,70	-----
04	PROCEDENTE/N.PROVIDO	44.994,76	44.994,76	44.994,76	-----
05	PROCEDENTE/N.PROVIDO	11.508,35	11.508,35	11.508,35	60%
TOTAL		511.821,28	511.088,10	488.896,48	

VOTO DIVERGENTE (Quanto a redução das multas das infrações 3 e 4)

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pelo i. Relator, divirjo do seu posicionamento em relação à manutenção integral das multas aplicadas nas infrações 3 e 4 pelos motivos que passo a expor:

As infrações 3 e 4 versam sobre multas por descumprimento de obrigação acessória, ocasionadas pelo não atendimento da intimação para entrega de arquivo eletrônico da EFD e pelo fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos documentos fiscais.

Embora concorde com o Relator de que não seria possível a absorção destas multas pelas multas das obrigações principais (infrações 1, 2 e 5), por não existir correlação direta entre elas, o recorrente preenche os requisitos para a redução das multas aplicadas, conforme dispõe a legislação estadual.

Ora, evidente que incorreu a empresa autuada em descumprimento de obrigação acessória, a qual deve ser devidamente penalizada. Todavia, compulsando os autos, verifica-se que não há que se falar em prejuízo ao Erário.

Ademais, percebe-se claramente pelo teor das operações incorreu o recorrente em erro escusável, não se tratando de atitude dolosa por parte do recorrente. Até porque, dolo não se presume, devendo este ser efetivamente provado no processo, o que não é o caso.

Assim, com base no art. 158 do RPAF/99, bem como do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, é cabível a redução da multa aplicada, uma vez que a recorrente preenche os requisitos estipulados pelos dispositivos. Vejamos:

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.

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

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

Deste modo, em respeito ao caráter pedagógico da multa aplicada, e mantendo a infração em

patamares razoáveis, entendo pela redução da multa aplicada em 50%, passando a infração 3 ao valor de R\$13.516,16 e a infração 4 para R\$22.497,38.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando as reduções das multas pleiteadas pela recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto às redução das multas referentes às infrações 3 e 4, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e de ofício modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** O Auto de Infração nº 281231.0023/16-0, lavrado contra **CABLE.COM TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$439.061,02**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$49.835,46**, previstas no inciso XIII-A, alíneas “l” e “i”, alteradas de acordo com a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN – Lei nº 5.172/66; e pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa das infrações 3 e 4) - Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à redução da multa das infrações 3 e 4) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e José Roservaldo Edvaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LAIS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à redução da multa das infrações 3 e 4)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS