

A. I. Nº - 278999.0014/13-1  
AUTUADO - MINERAÇÃO ÁGUA BRANCA LTDA. – ME  
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.10.2019

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0149-05/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O RECOLHIDO. Documentos juntados aos autos comprovam a falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto. Infrações procedentes. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO. Não comprovado que parte das mercadorias foi comercializada e não integrava o ativo imobilizado. Apurada corretamente a diferença entre a alíquota interna e interestadual de acordo com a região de origem do remetente. Infrações procedentes. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. Afastados os valores pertinentes a multa de obrigação principal em consequência de descumprimento de obrigações acessórias. Infração procedente com redução do débito. 4. DMA. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Infração comprovada. Afastados os valores pertinentes a multa de obrigação principal em consequência de descumprimento de obrigações acessórias. Infração procedente com redução do débito. 5. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR ARBITRAMENTO. Não tendo a empresa apresentado livros fiscais, nem apresentado declaração de informações econômico-fiscais, é legal a apuração da base de cálculo por meio de arbitramento. Infrações procedentes. Rejeitada a nulidade suscitada. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**, com redução do débito das infrações 5 e 6. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/13, exige tributos totalizando o valor de R\$763.355,55, acrescido de multas em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que decorre do confronto dos valores da DMA com os valores recolhidos (2009) - R\$1.632,83 acrescido da multa de 50%.
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração. Consta na descrição dos fatos que decorre do confronto dos valores da DMA com os valores recolhidos e declarados em Denúncias Fiscais (2009) - R\$13.005,36 acrescido da multa de 60%.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (2008 e 2009) - R\$12.810,53.
4. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento (2008 e 2009) - R\$539,18.
5. Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados pela Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), caracterizando omissão de entrega do arquivo (2008 e 2009). Multa de R\$1.380,00 por mês – R\$33.120,00.
6. Declarou incorretamente dados nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DMA (2008 e 2009). Multa de R\$140,00 por mês (2008 e 2009) - R\$1.680,00.
7. Deixou de recolher o ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil, relativo aos exercícios de 2008 e 2009, sob a alegação de extravios (2008) - R\$535.683,37.
8. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, decorrente de arbitramento (2008) - R\$164.884,28.

O autuado na defesa apresentada (fls. 620/629), inicialmente comenta as infrações e suscita a sua nulidade sob a alegação de cerceamento do direito de defesa. Diz que é necessário que o auto de infração preencha os requisitos formais e na situação presente o auto de infração:

- A) Não contém o Visto do Saneador e da Autoridade Fazendária;
- B) A assinatura da ciência foi feita pela Sra. Ana Maria Santos Santos Souza, que não faz parte do quadro societário da empresa, nem tem procuração;
- C) Estar destituído de demonstrativo da origem das infrações; não trazem prova material, apenas demonstrativos; os dispositivos legais não se coadunam com o relato da infração.
- D) As infrações 7 e 8 foram apuradas de forma arbitrada sem critérios e provas materiais, sem observância do art. 939 do RICMS/97 que transcreveu à fl. 624. Ressalta que o CONSEF já proferiu várias decisões pacificadas de NULIDADE, a exemplo do Acordão JJF 0397-05-09, cuja ementa transcreveu à fl. 625.

Conclui que, diante das fundamentações exaradas acima, requer que o CONSEF reconheça a nulidade suscitada termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, tendo em vista que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

No mérito, com relação à infração 1, alega ser insubstancial, “*pois não houve apresentação pela autuada dos seus livros fiscais, a qual o A.F. pudesse verificar o confronto dos valores lançados e os escriturados*”.

No tocante à infração 2, argumenta que também é insubstancial, visto que “*a autuada deixou de apresentar o Livro de ICMS, não havendo assim prova material do recolhimento a menor do Imposto*”.

Relativamente à infração 3, argumenta que não trazem provas materiais que evidencie o lançamento tributário, apenas um relatório fiscal, que na maioria refere-se ao fornecedor SAMPLAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA, e PROLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA do Estado de Alagoas-AL, fabricantes de garrafões de Água Mineral, produtos que não fazem parte do Ativo Fixo da Empresa, pois são comercializados juntamente com o líquido (água mineral), não sendo devido a DIFAL-ICMS.

No tocante à infração 4, alega que a fiscalização cometeu vários equívocos de apuração, como observado que na infração 3, relaciona notas fiscais da SAMPLAS, cuja diferença de alíquota foi cobrada de 5% (12% menos 17%), e nesta infração relaciona fornecedores de material de consumo cobrando a diferença de 10% (17% menos 7%), inclusive da SAMPLAS, através da N.F. 15649 de 09/09/2008, cujas cópias não lhe foram fornecidas para que assegurasse a cobrança do valor, o que torna insubstancial a cobrança do tributo.

Quanto à infração 5, requer que com base no art. 915 do RICMS/97 a redução e/ou cancelamento da multa por falta de apresentação dos arquivos magnéticos (SINTEGRA) em razão de que durante estes exercícios “teve assaltos e roubo de documentos e de CPUs, com as informações de sua movimentação econômica”.

No que se refere à infração 6, argumenta que a “*Multa acessória indevida, pois a DMA é extraída do Livro de Apuração de ICMS, pelo motivo da empresa não ter apresentado, não há como comprovar omissão de dados, inexistindo esta penalidade*”.

Relativamente à infração 7, alega que o levantamento fiscal não pode prosperar, conforme argumentado nas preliminares da defesa, tendo em vista que o autuante elaborou relatórios “sem anexar provas materiais do arbitramento”, sob alegação de que a empresa deixou de apresentar os arquivos SINTEGRA, ignorando os preceitos legais, conforme se verifica na descrição à fl. 4, sem citar a aplicação das regras contidas no art. 939 do RICMS/BA, que é essencial para validar o arbitramento, o que torna sem efeito esta cobrança, que não traduz a descrição da infração com os relatórios anexos, inexistindo Termo de Fiscalização anexo às vias do contribuinte, indo de encontro ao citado dispositivo legal, implicando em nulidade da infração.

No tocante à infração 8, argumenta que não tem “*efeitos a cobrança do ICMS – ST, uma vez que conforme relatado, o arbitramento não condiz com os relatórios constantes no PAF, visto que a fiscalização não observou o disposto no art. 939 do RICMS/97, já citado na preliminar desta impugnação, perdendo assim a eficácia desta cobrança constante nesta infração*”.

Por fim, requer reconhecer a improcedência e/ou nulidade do auto de infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 665 a 674), inicialmente descreve as infrações, o enquadramento e as multas tipificadas e passa a contestar as alegações defensivas.

Quanto à nulidade suscitada, afirma que ao contrário do que foi alegado à fl. 1 do processo, indica o visto saneador da autoridade fazendária, bem como o Termo de Saneamento acostado às fls. 611 a 614.

Ressalta que, de acordo com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, as eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do auto de infração, desde que possibilite determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Em relação ao argumento de que a Sra. Ana Maria Santos Santos Souza, não era pessoa autorizada a representar a empresa, afirma que a mesma figurava como gerente financeira da empresa, conforme faz prova os documentos de fls. 13 e 38.

No tocante à alegação de que os demonstrativos não fazem prova material do lançamento, diz que ao contrário do que foi alegado, todos os demonstrativos das infrações estão acostados aos

autos e foram fornecidas cópias ao sujeito passivo, conforme determina a legislação tributária, em conformidade com os princípios constitucionais que regem a administração pública.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que os valores apurados têm como base os recolhimentos efetuados pela empresa e as informações contidas na DMA, confrontados com os recolhimentos efetuados, bem como os valores declarados através de Denúncias Fiscais.

No tocante à infração 2, afirma que o autuado repete as alegações insubstinentes da defesa da infração, que não pode prosperar por falta de provas (art. 143 do RPAF/BA).

Com relação à infração 3, afirma que os valores exigidos foram apurados em demonstrativos, cópias de notas fiscais, DMAs e extratos de recolhimentos coletados em sistemas da SEFAZ, não tendo o sujeito passivo apresentado com a defesa qualquer prova das vendas de garrafões juntamente com a água mineral, como alegado.

Ressalta que as cópias das notas fiscais juntadas às fls. 513 a 535 contradiz a alegação defensiva de que comercializou os garrafões de água mineral, o que implica em negativa de cometimento da infração.

Quanto à infração 4, destaca que o defendant apresenta a mesma alegação da infração 2, porém a aludida N.F. 15649 da SAMPLAS, refere-se a material de uso ou consumo e as outras notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 152 são de compras originadas de contribuintes localizados no Estado de São Paulo, cuja diferença de alíquota foi cobrada em 5% e 10%.

No que se refere às infrações 5 e 6, diz que a empresa requer de forma descabida a redução ou cancelamento da multa pela falta de apresentação de arquivos magnéticos e DMAs, o que conflita com as normas aplicadas.

No que se refere às infrações 7 e 8, diz que ao contrário do que foi alegado, o Termo de Fiscalização acostado às fls. 14 a 16 não foi registrado no livro de Registro de Ocorrências em razão de o contribuinte não ter atendido a intimação para apresentá-lo ao Fisco.

Ressalta que o autuado não apresentou os arquivos magnéticos para promover a fiscalização, o que configura cometimento de infração grave, implicando em dolo ou má fé para eximir-se do pagamento de tributos, motivo pelo qual foi apurado a base de cálculo por arbitramento.

Destaca ainda, que durante o exercício de 2008 a empresa ficou submetida a Regime Especial de Fiscalização PAFs 178461.2007/7 e 040774.2008/7, o que caracteriza prática contumaz de falta de pagamento de tributos, cujos valores apurados foram confrontados com os meses operacionais.

Quanto ao arbitramento realizado, afirma que a previsão legal está disposta no art. 146, §1º e art. 937, I c/c o art. 938, I-B, §§ 1º a 8º do RICMS/97 conforme estipulado no Termo de Fiscalização.

Diz que as planilhas de fls. 267 a 271 são autoexplicativas, tendo em vista que foram projetadas as vendas realizadas, tomando como base, a média das vendas realizadas no trimestre do ano superveniente, atualizado pelo IGPM (fl. 267), considerando os créditos das notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT, Sintegra e NFe, bem como deduzidos os recolhimentos efetuados (fl. 267).

Por fim, com relação ao pedido de encaminhamento do processo a PROFIS, entende ser meramente protelatória, diante da falta de escrituração, entrega de documentos e submetido a Regime Especial de Fiscalização e denúncias fiscais cujo relatório foi acostado às fls. 41 a 56.

Requer a procedência integral do lançamento.

À fl. 677, a Secretaria do CONSEF em 03/12/2015 encaminhou o processo à Infaz de Origem para providenciar a assinatura na informação fiscal, o que foi feito com a juntada de fls. 678 a 687 com retorno em 03/04/2019 (fl. 688).

Após a distribuição do processo, o sujeito passivo peticionou defesa adicional em 22/05/2019 (fls. 689 a 713), na qual ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2013 e teve ciência em 20/12/2013, que envolve fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2008.

Com relação às infrações 1 e 2 (02.01.01 e 03.01.01) *com ocorrências em 31/01/2009 e 30/11/2009 e 31/12/2009* afirma que já se encontra declarada e exigida na Denúncia Espontânea nº 6000003113/10-0, de 16/12/2010.

No tocante à infração 7 (11.02.01) *diz que a fiscalização arbitrou a base de cálculo do ICMS do mês de dezembro de 2008 de forma desproporcional, motivo pelo qual requer realização de diligência fiscal para comprovar o efetivo registro de documentos fiscais deste período, inexistindo motivo para arbitrar a base de cálculo nos termos do art. 22 da Lei nº 7.014/96.*

Argumenta que o imposto foi apurado, pelo preposto fiscal, pela verificação dos livros fiscais de “Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS” e, depois, arbitrou a base de cálculo justificando “falta de apresentação de documentos fiscais”.

Quanto à infração 5 (16.12.20) que aplica multa pela “falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação” (12/2008 a 12/2009), transcreve o art. 261 do RICMS/2012 e alega que não pode “deixar de se observar o descumprimento da norma aplicada”.

Alude que o seu § 4º “*prevê prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência*”, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente à retificação total de arquivo, prazo que não foi concedido pelo preposto fiscal.

Requer a improcedência desta infração e caso não seja acolhido, que a multa seja reduzida na forma decidida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF 0331/12/15 (fls. 695/702).

No que se refere à materialização da decadência, apresenta um demonstrativo às fls. 691/692, com a exclusão dos valores relativos ao período de janeiro a novembro de 2018, indicando como valor histórico remanescente do Auto de Infração R\$154.943,80.

## VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de oito infrações, todas contestadas pelo autuado.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade suscitada sob alegação de cerceamento do direito de defesa em razão de i) falta de visto do saneador; ii) ciência feita por pessoa não autorizada; iii) falta de juntada de provas materiais e iv) ausência de motivos para proceder arbitramento da base de cálculo das infrações 7 e 8, sem observância do disposto no art. 939 do RICMS/97.

No que se refere ao primeiro argumento, constato que conforme esclarecido pelo autuante na fl. 1 do AI foi apostado o visto do Saneador, bem como foi juntado o Termo de Saneamento com o visto da autoridade fazendária às fls. 611 e 612. Portanto, além de ser uma formalidade de controle interno, os elementos contidos nos autos comprovam a regularidade.

Quanto ao argumento de que a ciência foi feita por pessoa não autorizada, constato que a ciência do AI em 20/12/13 foi feita pela Sra. Ana Maria Santos Santos Souza, que foi a mesma pessoa que assinou a intimação para entrega de documentos fiscais no dia 05/11/2013, conforme carimbo apostado na intimação identificando-se como Gerente Financeiro da sociedade empresarial. Também assinou declaração a Comissão de Sindicância Investigativa, conforme documento de fl. 38, dirigida à Presidente da Comissão de Sindicância Investigativa (Marilda de Moura Requião), na condição de Gerente Financeiro. Portanto, restou comprovado que a ciência foi feita regularmente. Além disso, na petição da defesa adicional (fls. 690/694) o sócio da empresa (Antonio Lecival Oliveira Miranda) requereu que fosse considerada a data da ciência em 20/12/13 para efeito de contagem de prazo decadencial. Logo, reconheceu tacitamente a legalidade da ciência da autuação.

Quanto aos argumentos de que as infrações não se fazem acompanhar de prova material e que o arbitramento foi feito sem obedecer a critérios regulamentares, observo que todas as infrações foram descritas de forma clara, com indicação dos dispositivos infringidos e multas tipificadas, se fazem acompanhar de demonstrativos fiscais, foram juntadas cópias de notas fiscais (fls. 111 a 535), cópia do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0743/2013 (fls. 41 a 56) e Termo de Fiscalização para arbitramento da base de cálculo (fls. 14 e 15), pedido de autorização para proceder ao arbitramento (fl. 16) e autorização do Inspetor Fazendário (fl. 17) em conformidade com o disposto nos artigos 937 e 938 do RICMS/97.

Concluo que os procedimentos fiscais adotados estão em conformidade com o disposto na legislação do ICMS, não implicando em cerceamento do direito de defesa, mesmo porque, a empresa compreendeu e se defendeu de todas as infrações. Quanto às questões de mérito, inclusive sobre a apuração da base de cálculo do arbitramento, serão apreciadas no momento próprio.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal formulado para comprovar “o efetivo registro de documentos fiscais” em relação às infrações 7 e 8, constato que a fiscalização juntou ao processo, cópias de livros fiscais que foram apresentados e anexado ao processo, bem como termos que solicitou autorização e deferimento para proceder ao arbitramento da base de cálculo, o que será apreciado no julgamento de mérito das infrações, motivo pelo qual nego o provimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

O sujeito passivo requereu a aplicação do instituto da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2008, tendo em vista que só foi cientificado da autuação em 20/12/2013, tendo ocorrido prazo superior a cinco anos, nos termos do art. 150, §4º do CTN (infrações 3, 4, 5, 6, 7 e 8).

Observo que este Conselho de Fazenda Estadual segue as premissas do Incidente de Uniformização (IU) nº PGE 2016.194710-0 exarado pela Procuradoria do Estado que em termos gerais, preconiza que se conta o prazo decadencial:

- A) A partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas;
- B) A partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, § I, do CTN, quando:
  - a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
  - b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
  - c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação (art. 173, 1, do CTN).

Pelo exposto, a apreciação da materialização da decadência será analisada em relação a cada infração, seguindo estas premissas contidas no citado Incidente de Uniformização PGE/PROFIS.

Passo a seguir, a apreciar as questões de mérito.

No que se refere à infração 1 (recolhimento a menos do imposto recolhido/escriturado), constato que na defesa inicial o sujeito passivo alegou ser insubstancial, “pois não houve apresentação pela autuada dos seus livros fiscais” (fl. 626) e na defesa complementar (fl. 692) argumentou que o valor exigido já foi declarado na Denúncia Espontânea (DE) nº 6000003113/10-0, de 16/12/2010.

Com relação à primeira alegação, constato que não procede, visto que a *cópia do livro de Apuração do ICMS* à fl. 67, indica o valor exigido de R\$1.623,83, relativo ao mês de Janeiro/2009.

No que se refere à segunda alegação, constato que na apuração do ICMS do mês 01/2009 (fl. 65), foi deduzido o valor de R\$63.842,30, contido na DE nº 6000003113/10-0, conforme demonstrativo de fl. 106.

Pelo exposto, restou comprovado que o valor exigido foi declarado e não recolhido, e também não integra o valor da Denúncia Espontânea. Fica mantida a procedência da infração 1.

No tocante à infração 2 (Recolhimento a menos em decorrência do desencontro dos valores escriturados/recolhido) foram apresentados os mesmos argumentos da infração 1. Refere-se a valores exigidos de R\$5.177,65 e R\$7.827,71, pertinentes aos meses 11/2009 e 12/2009.

Da mesma forma que apreciado na infração 1, a *cópia do livro de Apuração do ICMS* às fls. 95 a 100, evidencia o recolhimento a menos dos valores exigidos (fls. 97 e 100).

Também, os valores de R\$101.123,80 (11/2009) e R\$85.583,01 (12/2009) contidos na DE 6000003113/10-0 (fl. 106) foram deduzidos na apuração do imposto dos meses 11/2009 e 12/2009, conforme cópias dos demonstrativos de fls. 95 e 98.

Portanto, procedente a infração 2.

Quanto à infração 3 (diferença de alíquotas/ativo), o autuado alegou que não foi provado que os garrafões integram o ativo fixo da empresa, pois são comercializados juntos com a água mineral.

Na defesa adicional, alegou que descaíram os valores exigidos no período de 01/01/2008 a 30/11/2008.

Com relação à prejudicial de mérito da decadência, observo que conforme apreciado inicialmente, o IU nº PGE 2016.194710-0 orienta que se aplica o disposto no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o “*b. o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável*”.

Na situação presente, constato que a DMA consolidada de 2008 (fl. 158) não indica qualquer valor de entrada ou saída de mercadorias, nem débito ou crédito do ICMS. Também as DMAs de janeiro a dezembro/2008 (fls. 159 a 206) não indicam qualquer movimentação de valores.

Pelo exposto, não tendo o contribuinte registrado as operações, nem apurado o ICMS DIFAL que foi exigido, a contagem do prazo deve ser feita a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento deveria ser escriturado, fato que não ocorreu. Assim sendo, não tendo registrado as operações de aquisições de ativo, o Fisco não tinha como homologar o imposto devido. Consequentemente, a contagem do prazo deve ser feita a partir do 1º dia do exercício seguinte e não ocorreu a decadência solicitada, tendo em vista que o Fisco não tinha obrigações contabilizadas para que pudesse homologar os valores apurados e devidos pelo contribuinte. Concluo que não ocorreu a decadência pleiteada.

Quanto à primeira alegação de que não foi provado que os garrafões integram o ativo fixo da empresa, pois são comercializados, observo que em se tratando de exigência do ICMS DIFAL que decorre da entrada das mercadorias adquiridas em outros Estados da Federação (garrafões), o contribuinte pode ter adquirido as mercadorias para revender ou comercializar.

No caso de venda de garrafões juntos com a água mineral, é cabível a utilização do crédito fiscal relativo ao ICMS pago ao Estado de origem e do ICMS antecipação parcial ao Estado de destino (Bahia), cujos créditos fiscais são admitidos para serem compensados no débito relativo às vendas das mercadorias.

Na situação presente, o autuante juntou cópias de vendas de mercadorias às fls. 513 a 535, nas quais só constam vendas de água mineral, não tendo constatado venda de garrafões.

Pelo exposto, restou comprovado que não há vendas de garrafões no período fiscalizado, de acordo com as provas juntadas aos autos. Como o defensor não juntou ao processo qualquer prova quanto à alegação de que os produtos são comercializados (garrafões), não acato o argumento defensivo.

Ressalto, que em se tratando de embalagens (garrafões), é comum que o comerciante adquirindo mercadorias (garrafões) que vende e ativa, segregue quantidades destinadas ao ativo fixo (imobilizações) e circulante (comercialização). Como o sujeito passivo não apresentou qualquer prova ao processo para contrapor as apresentadas pela fiscalização, decido que se trata de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, mesmo porque não comprovou o pagamento do ICMS antecipação parcial das mercadorias objeto da autuação que alega ter comercializado.

Dessa forma, considero procedente a infração 3.

Relativamente à infração 4 (diferença de alíquotas/uso) o defensor alegou que a fiscalização cometeu equívocos de apuração, cobrando a diferença de 10% ao invés de 5%, e que não lhe foram fornecidas cópias das notas fiscais para assegurar os valores exigidos.

Quanto ao porcentual da diferença de alíquota, constato que o demonstrativo de fl. 152, indica que a N.F. 15649, emitida pela SAMPLAS INDÚSTRIA, se refere a material de uso ou consumo adquirido no Estado de Alagoas e correta a apuração da base de cálculo e imposto devido pela diferença entre a alíquota interna (17%) e a interestadual de 12%, resultando em 5%.

Já as operações com as NF 43967. 14085, 17579, 17.736, 17737, 17987, 17988 e 142 e 143 foram emitidas por empresas localizadas no Estado de São Paulo, cuja diferença de alíquota cobrada em 10% (17% - 7%) está correta, em conformidade com a legislação do imposto (art. 69 do RICMS/97).

Pelo exposto, a infração 4 é totalmente procedente.

Quanto à infração 5 que aplica multa de R\$1.380,00 por mês, pela falta de entrega de arquivos magnéticos, na defesa inicial, o defensor alegou que foi assaltado e roubados os documentos e CPUs (computador) e pediu que a multa fosse cancelada ou reduzida (fls. 627/628).

Na defesa complementar (fl. 628), o autuado alegou terem decaídos os fatos geradores de 01/08 a 11/08.

Quanto à preliminar de mérito da decadência, observo que conforme apreciado inicialmente, o IU n° PGE 2016.194710-0, orienta que aplica quando o contribuinte “*não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável*” aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN, com a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que deveria ter ocorrido o lançamento.

Na situação presente, a DMA consolidada do exercício de 2008, foi entregue sem qualquer informação de movimentação de entradas ou de saída de mercadorias, conforme cópia à fl. 158, bem como as DMAs entregues no período de janeiro a dezembro/2008, juntadas às fls. 159 a 266 também não indica qualquer movimentação.

Portanto, o defensor não declarou qualquer movimento na apuração mensal do ICMS e por isso, a contagem do prazo seguindo a orientação contida no IU n° PGE 2016.194710-0, é que o prazo para contagem da decadência, é a partir do primeiro dia do exercício seguinte. Por isso, fica rejeitado o pedido de decadência da multa aplicada.

Quanto ao pedido de redução da multa sob alegação de roubo de documentos e das CPUs, primeiro observo que o defensor não apresentou qualquer prova nesse sentido, motivo pelo qual não pode ser acatado. Em segundo lugar, mesmo que tivesse ocorrido o roubo em um determinado mês, não justificaria a falta de entrega ou entrega em branco das DMAs durante dois anos (2008 e 2009) tendo em vista que foi declarado que “*perdemos todo nosso banco de dados até julho de 2011*” (fl. 38).

Pelo exposto, não tendo o contribuinte prestado as informações econômico-fiscais que estava obrigado, inclusive da apuração do ICMS devido no mês, entendo que não preenche o requisito previsto no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, para redução ou cancelamento da multa, por não ter sido comprovado que a infração tenha sido praticada sem que “*impliquem falta de recolhimento do imposto*”.

Fica mantida a procedência integral da infração.

No que se refere à infração 6 que aplica multa por ter declarado incorretamente dados nas DMA (2008), o autuado alegou que a “*Multa acessória indevida, pois a DMA é extraída do Livro de Apuração de ICMS, pelo motivo da empresa não ter apresentado, não há como comprovar omissão de dados, inexistindo esta penalidade*”.

Esta alegação não tem respaldo, tendo em vista que conforme documentos juntados às fls. 536 a 561, foram demonstradas as aquisições por meio de notas fiscais informadas por terceiros totalizando R\$509.514,29 no período, bem como as notas fiscais emitidas juntadas às fls. 513 a 535.

Como apreciado anteriormente, o contribuinte apresentou a DMA consolidada de 2008 (fl. 158) sem indicação de qualquer movimentação de mercadorias, bem como as DMAs mensais de janeiro a dezembro/2008 (fls. 159 a 266) o que configura o descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 333, § 1º, I do RICMS/97 e correta a aplicação da multa por entrega da DMA com dados incorretos, prevista no art. XVIII, “c” da Lei 7.014/96. Infração procedente.

Quanto às infrações 7 e 8, que exige ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo (infração 7) e ICMS retido (infração 8), na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Quanto à preliminar de mérito da decadência, conforme apreciado na infração 5, o sujeito passivo não transmitiu os arquivos magnéticos, não apresentou os livros fiscais e entregou as DMAs do período (junho a dezembro/2008) sem qualquer informação de movimentação de entradas ou de saída de mercadorias. Portanto, não tendo escrito, nem declarado as operações que incidem o ICMS, neste caso, a contagem do prazo seguindo a orientação contida no IU n° PGE 2016.194710-0 é a partir do primeiro dia do exercício seguinte. Por isso, fica rejeitado o pedido de decadência das infrações 8 e 9.

No mérito, o defendente alegou que o levantamento fiscal não:

- i) Se faz acompanhar das “*provas materiais do arbitramento*”;
- ii) Obedeceu às regras contidas no art. 939 do RICMS/97;
- iii) Tem Termo de Fiscalização anexo.

Estes argumentos foram contestados ponto a ponto pela fiscalização.

Conforme descrito na infração, a apuração da base de cálculo por meio de arbitramento decorreu de o contribuinte não ter apresentados livros ao fisco. Constatou que o contribuinte foi intimado para fazer entrega de livros e documentos fiscais em 05/11/2013, relativo aos exercícios de 2008 e 2009, e não entregou os livros fiscais pertinentes ao exercício de 2008, nem apresentou os arquivos magnéticos (SINTEGRA), e apresentou DMAs sem dados (fls. 205 a 266), sob a alegação de perda do banco de dados (fl. 38).

O art. 937, I do RICMS/97 estabelece que:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob a alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

Portanto, não tendo feito a escrituração dos livros fiscais, nem apresentado os livros e

documentos fiscais mediante a intimação, feito a entrega dos declarações sem dados (DMAS) e não ter feito a entrega dos arquivos magnéticos (SINTEGRA –fls. 154/157), nos termos do art. 937, I do RICMS/97, existe respaldo legal para proceder ao arbitramento da base de cálculo, tendo em vista, que não foram escrituradas as operações praticadas pela sociedade empresarial, não apurou o ICMS devido, nem informou em arquivos magnéticos que estava obrigado sobre as operações praticadas, sujeitas à incidência do imposto, além de ter feito entrega de declarações econômicas fiscais (DMA) sem quaisquer dados.

Dessa forma, as ações e omissões praticadas autorizam o arbitramento da base de cálculo, tendo em vista que as escriturações fiscal e contábil do contribuinte se tornaram insuficientes para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, nos termos do Parágrafo Único, do art. 937 do RICMS/97.

Com relação às formalidades legais, observo que diante da não entrega dos arquivos magnéticos no prazo legal, de entrega de DMAs sem dados relativos às entradas e saídas de mercadorias, da não entrega de livros e documentos fiscais relativos ao período arbitrado (junho a dezembro de 2008), a fiscalização lavrou o Termo de Fiscalização de Arbitramento da Base de Cálculo (fls. 14 e 15), requisitou autorização do Inspetor Fazendário (fl. 16) que concedeu a autorização (fl. 17), tudo conforme disposto no art. 939, I e Parágrafo único do RICMS/97.

Quanto à metodologia aplicada, observo que no demonstrativo analítico de fl. 267, não tendo o autuado apresentado livros e documentos fiscais, foi tomado como base, a média das operações de três meses, para apurar a base de cálculo, tendo sido deduzido do ICMS apurado o montante dos créditos de notas fiscais de entradas coletados em estabelecimentos de terceiros (fls. 267 a 287) e dos valores recolhidos no período, tudo conforme disposto no art. 938, I-B, §6º do RICMS/97, atualizado monetariamente.

No que se refere à infração 8, o autuante corretamente adicionou a MVA de 30% (outras mercadorias) prevista no art. 938, I, “e” do RICMS/97, apurou a base de cálculo e o ICMS devido. Portanto, não tendo apresentado outras provas e tudo que foi exposto, concluo que na situação em questão foi justificável a apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, a metodologia aplicada está conformidade com o que determina a legislação do ICMS, devendo ficar mantida a exigência fiscal.

Infrações 7 e 8 procedentes.

Quanto ao pedido de redução da multa nos moldes da Decisão contida no Acórdão CJF 0331-12/15 entendo não ser cabível, nos termos do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que o procedimento do contribuinte implicou em “falta de pagamento de imposto” que é um dos requisitos para redução da multa.

Entretanto, entendo ser cabível a exclusão dos valores das multas aplicadas nas infrações 5 e 6, relativo à não entrega de arquivos magnéticos (infração 5) e de dados incorretos na DMA (infração 6) que motivaram a apuração da base de cálculo do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo. Como o arbitramento foi aplicado no período de junho a dezembro de 2008, a multa por descumprimento da obrigação principal das infrações 7 e 8 (arbitramento, 100% e 150%) absorvem as multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias do mesmo período nos termos do art. 42, § 5º da Lei nº 7014/96, que estabelece:

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

[...]

*§ 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.*

Pelo exposto, acolho o pedido de afastamento das multas nas infrações:

INFRAÇÃO 5: No período de junho a dezembro/2008 ( $7 \times R\$1.380,00 = R\$9.960,00$ ) o que implica na redução do débito de R\$33.120,00 para R\$23.460,00;

INFRAÇÃO 6: No período de junho a dezembro/2008 ( $7 \times R\$140,00 = R\$980,00$ ) o que implica na redução do débito de R\$1.680,00 para R\$700,00.

Com isso, as infrações 5 e 6 são julgadas procedentes, com a redução do débito.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com redução do débito das infrações 5 e 6.

Infração	Autuado	Devido	Situação
1	1.632,83	1.632,83	Procedente
2	13.005,36	13.005,36	Procedente
3	12.810,53	12.810,53	Procedente
4	539,18	539,18	Procedente
5	33.120,00	23.460,00	Procedente com redução da multa
6	1.680,00	700,00	Procedente com redução da multa
7	535.683,37	535.683,37	Procedente
8	164.884,28	164.884,28	Procedente
Total	763.355,55	752.715,55	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2278999.0014/13-1, lavrado contra **MINERAÇÃO ÁGUA BRANCA LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$728.555,55**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.632,83, de 60% sobre R\$26.355,07, de 100% sobre R\$535.683,37 e de 150% sobre R\$164.884,28, previstas no art. 42, I, “a”, II, “b” e “f”, IV, “i” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$24.160,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” e XVIII, “c” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR