

A. I. N ° - 087078.0011/03-3
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.
AUTUANTE - ARQUINITO PINHEIRO SOUSA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 23.11.2004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0451-01/04

EMENTA: **ICMS.** **1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **b)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. **4.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ESCRITURAÇÃO EFETUADA ATRAVÉS DE XEROCÓPIA DO DOCUMENTO FISCAL. **b)** MERCADORIA QUE NÃO ENTROU NO ESTABELECIMENTO. Em relação às infrações acima, prevalece a Decisão proferida no Acórdão JJF n° 0502-02/03. **5.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NOTAS FISCAIS REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos pelo autuante, os débitos apurados restaram reduzidos. Infração parcialmente subsistente. **6.** ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. Indeferido o pedido de redução ou cancelamento do valor da multa, por não ter sido provada a ausência de fraude, dolo ou simulação, porém o seu valor foi reduzido tendo em vista a legislação em vigor ser mais benéfica. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a nulidade argüida (Acórdão JJF n° 0502-02/03) e indeferidos os

requerimentos de diligência, perícia e vistoria. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração teve seu julgamento proferido pela 2ª JJF (fls. 302 a 310), Acórdão JJF nº 0502-02/03 transcrito abaixo, decisão que foi declarada nula pela 1ª CJF, em face de recurso voluntário, devendo o processo retornar para a 1ª instância para que seja proferida nova decisão e sejam apreciados o requerimento de diligência referente à Infração 02 e a solicitação de cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória na Infração 09, formulados pelo autuado desde a sua impugnação inicial, para os quais não houve manifestação na decisão anterior.

“RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/08/2003, refere-se a exigência de R\$187.340,36 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

- 1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$2.624,36, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de maio de 2000 e janeiro de 2001.*
- 2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$1.641,89, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2000, além de maio de 2001.*
- 3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa no valor total de R\$6.062,52, período de janeiro de 2000 a maio de 2001.*
- 4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa no valor total de R\$254,23, período de janeiro de 2000 a agosto de 2001.*
- 5. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no valor total de R\$806,39.*
- 6. Recolhimento efetuado a menos relativo ao ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$66,30, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, no mês de maio de 2001.*
- 7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$460,56, através de cópia de notas fiscais.*
- 8. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.230,36, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.*
- 9. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, e não*

atendeu às intimações datadas de 01/07/2003, 15/07/2003 e 30/07/2003, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação, na qual se insurge contra o Auto de Infração, fazendo considerações iniciais acerca do processo administrativo, Princípio da Competência Decisória, Princípio da Ampla Instrução Probatória, e quanto a tempestividade da defesa. Disse que o autuado quitou integralmente os itens 01, 06 e 08, restando prejudicada qualquer impugnação, ressaltando que em relação ao primeiro item foram quitados os valores de R\$1.268,89, R\$40,80 e R\$420,15, e comprova com o extrato da arrecadação o recolhimento de R\$993,04 referente à NF 33280, no valor apurado pelo autuante.

Quanto à segunda infração, disse que promoveu a quitação parcial, impugnando parcialmente, no valor de R\$603,57, alegando que a cobrança efetuada carece de amparo legal por considerar que o tributo já se encontra recolhido aos cofres públicos. Disse que a mercadoria não ingressou no estabelecimento comercial, conseqüentemente, não houve saída, o que não fez nascer o fato impositivo, ressaltando que em nenhuma das notas fiscais acostadas aos autos consta recebimento das mercadorias nelas constantes. Comentou sobre a substituição e a antecipação tributária, citou os arts. 8º, 12 e 13 do RICMS.

Infrações 03 e 04 – Alegou que as notas fiscais 95928, 11383, 51898 e 183704 foram lançadas e registradas corretamente no livro REM do estabelecimento matriz, ressaltando que as mercadorias se destinaram ao uso e consumo do autuado destinando-se à manutenção da frota de veículos da empresa. Relacionou outras 32 notas fiscais informando que todas foram também lançadas no Registro de Entradas da filial, o que descaracteriza a infração. Comentou sobre o direito ao uso do crédito fiscal, citando o art. 31 do Convênio ICMS 66/88 e LC 87/96, art. 20. Assim, pede pela improcedência dos itens 03 e 04 da autuação em razão dos registros efetuados nos livros fiscais, e a aquisição dos bens para uso e consumo.

Infração 05 – Foi alegado que não procede a informação de que as mercadorias se destinavam ao ativo do estabelecimento. Disse que são peças adquiridas separadamente e destinadas ao uso e consumo do autuado, jamais podendo integrar o ativo, e se pairar dúvida, requer a realização de perícia contábil e vistoria nas dependências do estabelecimento. Contestou o cálculo efetuado pelo autuante, à alíquota de 17%, considerando que a cobrança é decorrente da diferença de alíquota. Disse ainda, que as notas fiscais deste item também foram incluídas nos itens 3 e 4, e por isso, entende que é improcedente a exigência quanto a esta quinta infração.

Infração 07 – Argumentou que em razão do manuseio de grande número de notas fiscais o referido documento acabou por não ser encontrado quando da fiscalização, mas entende que o registro que já era de conhecimento do Fisco Baiano quanto à idoneidade do documento, é bastante para o julgamento improcedente da exigência fiscal.

Infração 08 – Disse que o imposto foi pago espontaneamente, conforme DAE que anexou ao PAF.

Infração 09 – Alegou que a autuação se refere aos exercícios de 2000 e 2001, tendo como base as DMAs. Entretanto as mencionadas DMAs têm pertinência somente quanto ao ano de 2001, não se podendo precisar nada sobre o exercício de 2000, e tal fato pode cair por terra a imposição de penalidade relativa ao exercício de 2000. Citou a Constituição Federal, ensinamentos dos mestres Roque Antonio Carraza, Paulo de Barros Carvalho,

Amílcar Falcão. Alegou que houve cerceamento do direito de defesa porque o autuante deixou de precisar sobre a metodologia para a quantificação da base de cálculo, e que não há correspondência entre o cálculo à fl. 05 e as DMAs e não se pode verificar como o autuante chegou às cifras de R\$3.345.647,82 e R\$14.073.728,89. Por isso, asseverou que o valor da base de cálculo apresentado foi encontrado de modo aleatório pelo autuante, o que leva à nulidade do Auto de Infração nesta parte.

Ainda em relação ao item 09, foi alegado que se torna extremamente difícil ao autuado o processamento e controle de dados relativos às operações mercantis realizadas, em razão de que as vendas efetuadas nos veículos só podem ser emitidas manualmente, e tal situação chegou a ser registrada perante o Fisco em 18/07/2000. Assim, entende que a penalidade imposta é passível de ser afastada pela ausência de dolo, fraude ou simulação e pelo efetivo pagamento dos tributos. Citou o art. 46, § 4º, do Código Tributário do Estado da Bahia, requerendo pela improcedência da infração 09 referente ao exercício de 2000 e pela nulidade quanto aos dois exercícios em razão da ausência dos critérios para encontrar a base de cálculo.

O autuante apresentou informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que em relação à primeira infração, considerando o pagamento parcial e a comprovação através do extrato de arrecadação, no valor de R\$993,04, foi utilizada pela empresa uma MVA de 40% quando o autuante utilizou 30%, daí a divergência entre o valor cobrado e o recolhido. Assim, está acatando o alegado pela empresa.

Infração 02 – Disse que embora o autuado comprove através de extrato de arrecadação que o débito referente à NF 76743 foi recolhido em 11/06/2001, resta ainda o débito no valor de R\$15,90 que não foi comprovado pelo contribuinte.

Infrações 03 e 04 – Informou que o contribuinte comprovou o registro das notas fiscais de números 95928, 11383, 51898 e 183704. Ressaltou que em relação a esta infração foram anexadas as terceiras e quartas vias das notas fiscais, fls. 42 a 130. O autuante refez os demonstrativos de fls. 27 e 28, excluindo as notas fiscais realmente registradas e aquelas que por lapso foram incluídas nestes itens e na quinta infração, que são as notas objeto da diferença de alíquota, e ainda, as notas fiscais de fls. 45, 52, 89, 112 e 126 para as quais foi cobrado o ICMS por antecipação, infração 02.

Infração 05 – O autuante mantém em sua inteireza o débito apurado nesta infração, uma vez que não ficou provado o recolhimento do imposto pelo contribuinte, e os demonstrativos de fls. 29 e 30 comprovam que foi utilizada a diferença de alíquota para se apurar o ICMS devido.

Infração 06 – Disse que o autuado recolheu o valor integral do débito apurado.

Infração 07 – Mantém o imposto reclamado, haja vista que o direito ao crédito a que as mercadorias tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo.

Infração 08 – Disse que o autuado reconhece o débito e fez o recolhimento do imposto através de DAE, em 09/10/2003, no valor de R\$1.230,36, fl. 260.

Infração 09 – Reconhece que houve equívoco quanto à parte relativa à apuração da base de cálculo para o exercício de 2000. Disse que foi corrigido o equívoco e anexando as cópias das DMAs de outubro a dezembro do mencionado ano. Quanto ao exercício de 2001, informou que não foi apresentado nenhum equívoco, a base de cálculo está correta, que é a soma das entradas e saídas do período, sendo utilizada a DMA consolidada, fl. 40 do PAF.

O autuante informou que juntou aos autos novo Demonstrativo de Débito com todas as correções, e pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, homologando-se o imposto recolhido.

Na sessão de julgamento foi dado conhecimento de novo recurso apresentado pelo autuado em decorrência da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, tendo o defendente apresentado os seguintes argumentos:

- *Disse que o autuante procedeu a uma verdadeira revisão da autuação fiscal e a competência para alteração ou invalidação do lançamento é limitada constitucionalmente, ressaltando que o autuante reconheceu expressamente os erros e equívocos cometidos. Citou os arts. 145 e 149 do CTN, apresentando o entendimento de que a revisão efetuada não se adequa a eventuais incorreções previstas no § 1º do art. 18, do RPAF/99, e por isso, alega que os lapsos e enganos maculam todo o procedimento fiscal. Assim, o defendente impugna os itens trazidos com a informação fiscal entendendo que há impropriedades, que acarretam nulidade do lançamento tributário.*
- *Quanto à segunda infração, alegou que foi mantida pelo autuante a exigência no valor de R\$15,90, mas não é possível precisar de onde o mesmo tirou o valor remanescente. Disse que os dados são insuficientes, e dos elementos trazidos aos autos não há referência a nota fiscal, folha dos autos, período ou qualquer outra situação que configure o débito.*
- *Em relação às infrações 03 e 04, foram apresentadas as mesmas alegações da defesa inicial, quanto às notas fiscais de números 95928, 11383, 51898 e 183704 que foram lançadas no REM, situação reconhecida pelo autuante. Quanto às demais notas fiscais relacionadas nas razões de defesa, também foi confirmada a alegação inicial de que os documentos fiscais foram registrados na filial do autuado.*
- *Contestou a exigência fiscal correspondente à diferença de alíquota (infração 05), e quanto à infração 07, referente à utilização indevida de crédito fiscal, apresentando os mesmos argumentos defensivos da impugnação inicial.*

Quanto à nona infração, o defendente alegou que houve cerceamento do direito de defesa, o autuante alterou substancialmente o lançamento concernente à base de cálculo, entendendo que as bases de cálculo utilizadas referentes aos exercícios de 2000 e 2001 não trazem correspondência com as DMAs anexadas aos autos, e não se pode verificar como o autuante encontrou as cifras para calcular as multas aplicadas, por isso, argumentou que o valor apresentado pelo autuante foi encontrado de modo totalmente aleatório. Disse que a conduta do autuado configura inexistência de dano ao erário, ausência de dolo, fraude ou simulação, destacando os monitoramentos realizados, conforme registros efetuados no livro RUDFTO.

VOTO

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, sob a alegação de que em decorrência da revisão efetuada pelo autuante quando prestou a informação fiscal, fica maculado todo o procedimento fiscal, observo que essa situação se enquadra perfeitamente no § 1º do art. 18 do RPAF/99, e as correções efetuadas foram comunicadas ao sujeito passivo, que apresentou novas razões de defesa, inexistindo cerceamento ao sujeito passivo.

Assim, fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para determinar a nulidade do Auto de Infração.

O primeiro item o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$2.624,36, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de maio de 2000 e janeiro de 2001, conforme demonstrativos de fls. 14 e 16, sendo alegado pelo autuado que reconhece parcialmente o débito apurado, por isso, foram quitados os valores de R\$1.268,89, R\$40,80 e R\$420,15, e comprova com o extrato da arrecadação à fl. 169, o recolhimento antes da ação fiscal no valor de R\$993,04 referente à NF 33280, ressaltando que o valor do débito indicado pelo autuante é de R\$894,52.

Em relação à alegação defensiva, o autuante acatou na informação fiscal o pagamento parcial e a comprovação através do extrato de arrecadação à fl. 169, no valor de R\$993,04, esclarecendo que a divergência ocorreu porque houve a utilização pela empresa da MVA de 40% quando o autuante utilizou 30%, daí a diferença entre o valor cobrado e o recolhido, sendo acatado o alegado pela empresa. Assim, subsiste em parte esta infração, nos valores reconhecidos pelo contribuinte, conforme demonstrativo abaixo:

<i>DATA DE OCORRÊNCIA</i>	<i>DATA DE VENCIMENTO</i>	<i>BASE DE CÁLCULO</i>	<i>ALÍQ. %</i>	<i>VALOR DO DÉBITO R\$</i>
<i>16/05/2000</i>	<i>09/06/2000</i>	<i>7.464,06</i>	<i>17%</i>	<i>1.268,89</i>
<i>31/01/2001</i>	<i>09/02/2001</i>	<i>2.711,47</i>	<i>17%</i>	<i>460,95</i>
		<i>-</i>	<i>-</i>	<i>1.729,84</i>

Infração 02, referente à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$2.624,36, correspondente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, nos meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2000, além de maio de 2001, conforme demonstrativos às fls. 20 a 23 e 24/26, relativamente às notas fiscais de fls. 25, 45, 52, 89, 112 e 126 do PAF, e o autuado alegou em sua defesa que promoveu a quitação parcial, impugnando o valor de R\$603,57, alegando que a cobrança efetuada carece de amparo legal por considerar que o tributo já se encontra recolhido aos cofres públicos.

O autuante reconheceu o pagamento referente à NF 76743, informando que o imposto foi recolhido em 11/06/2001, conforme extrato à fl. 170 dos autos, esclarecendo que resta ainda o débito no valor de R\$15,90, referente à NF 608106, conforme fls. 24/25 dos autos, valor que não foi comprovado pelo contribuinte, considerando a alegação no segundo recurso, de que não é possível precisar de onde o autuante tirou o valor remanescente. Assim, ficou elidido pelo autuado apenas o débito no valor de R\$587,67, cujo pagamento foi acatado pelo autuante na informação fiscal, correspondente à NF 76743. Por isso, é

parcialmente procedente a infração apurada, ficando alterado o imposto exigido, conforme quadro a seguir:

<i>DATA DE OCORRÊNCIA</i>	<i>DATA DE VENCIMENTO</i>	<i>BASE DE CÁLCULO</i>	<i>ALÍQ. %</i>	<i>VALOR DO DÉBITO R\$</i>
<i>31/01/2000</i>	<i>09/02/2000</i>	<i>3.429,18</i>	<i>17%</i>	<i>582,96</i>
<i>28/02/2000</i>	<i>09/03/2000</i>	<i>206,41</i>	<i>17%</i>	<i>35,09</i>
<i>31/07/2000</i>	<i>09/08/2000</i>	<i>1.375,29</i>	<i>17%</i>	<i>233,80</i>
<i>31/12/2000</i>	<i>09/01/2000</i>	<i>1.096,88</i>	<i>17%</i>	<i>186,47</i>
<i>31/05/2000</i>	<i>09/06/2000</i>	<i>93,53</i>	<i>17%</i>	<i>15,90</i>
		<i>-</i>	<i>-</i>	<i>1.054,22</i>

Infrações 03 e 04 – Referentes às entradas no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigidas multas correspondentes às mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis.

Foi alegado na defesa do autuado que as notas fiscais 95928, 11383, 51898 e 183704 foram lançadas e registradas corretamente no livro REM do estabelecimento, ficando comprovado através das xerocópias às fls. 197 a 199 dos autos, e o defendente relacionou à fl. 144 outras 32 notas fiscais informando que todas foram também lançadas no Registro de Entradas de outro estabelecimento filial, por isso entende que fica descaracterizada a infração.

Quanto a essas infrações, considerando as alegações defensivas, o autuante esclareceu na informação fiscal, às fls. 263/264, que foram refeitos os cálculos excluindo as notas fiscais realmente registradas, de números 95928, 11383, 51898 e 183704, e aquelas que por lapso foram incluídas indevidamente, sendo refeitos e anexados aos autos novos demonstrativos às fls. 266 e 267, que foram objeto de intimação ao autuado para se manifestar, e em novo pronunciamento, o defendente apresenta os mesmos argumentos da impugnação inicial, quanto às notas fiscais destinadas ao autuado que foram registradas em outro estabelecimento, filial.

Entendo que não devem ser acatadas as alegações defensivas, haja vista que nas notas fiscais foi consignado o estabelecimento autuado como destinatário das mercadorias, identificado inclusive pelo CNPJ, e no caso em exame, a exigência se refere à multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, e não foi cobrado imposto. Assim, de acordo com os novos valores apurados pelo autuante na informação fiscal, fica alterado o débito exigido no Auto de Infração, de acordo com os demonstrativos de fls. 266 e 267 do PAF.

Infração 05 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no valor total de R\$806,39, conforme demonstrativos às fls. 29 e 30 do PAF.

De acordo com as alegações defensivas são peças adquiridas separadamente e destinadas ao uso e consumo do autuado, jamais podendo integrar o ativo, e se pairar dúvida, requer a realização de perícia contábil e vistoria nas dependências do estabelecimento. Contestou o cálculo efetuado pelo autuante, à alíquota de 17%, considerando que a cobrança é decorrente da diferença de alíquota.

Observo que nos demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 29 a 30, foram consignados na última coluna os valores do ICMS a recolher, calculados de acordo com o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas (17%), e a alíquota interestadual constante dos documentos fiscais, e os valores exigidos estão corretamente calculados.

Entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que a legislação prevê a incidência da diferença de alíquotas em decorrência da entrada de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, o autuado não apresentou elementos para elidir a acusação fiscal, e a indicação da alíquota de 17% no Auto de Infração é apenas para o demonstrativo de débito, estando o valor calculado corretamente no levantamento fiscal de fls. 29/30 dos autos.

Infração 06 – Recolhimento efetuado a menos relativo ao ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$66,30, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, no mês de maio de 2001. Infração reconhecida pelo autuado, inexistindo controvérsia.

Infração 07 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$460,56, através de cópia da nota fiscal de número 202028, conforme demonstrado às fls. 33 a 36 do PAF, sendo alegado na defesa que em razão do manuseio de grande número de notas fiscais o referido documento acabou por não ser encontrado quando da fiscalização, mas entende que o registro já era de conhecimento do Fisco Baiano.

Entendo que a cópia da nota fiscal não constitui documento hábil para comprovar a existência e legitimidade de créditos fiscais, inexistindo também, possibilidade do aproveitamento dos créditos fiscais através de xerocópias de outras vias de notas fiscais que não a primeira, sem o prévio requerimento do contribuinte à repartição fiscal, relatando os motivos com a necessária comprovação da ocorrência, conforme estabelecido na legislação. Por isso, considero subsistente a exigência fiscal relativa a este item do Auto de Infração.

Infração 08 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.230,36, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

De acordo com as razões de defesa e informação fiscal prestada pelo autuante o contribuinte reconhece o débito e fez o recolhimento do imposto através de DAE, em 09/10/2003.

Infração 09 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, e não atendeu às intimações datadas de 01/07/2003, 15/07/2003 e 30/07/2003, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias.

Em sua defesa, o autuado alegou que as DMAs mencionadas pelo autuante têm pertinência somente quanto ao ano de 2001, não se podendo precisar nada sobre o exercício de 2000. Alegou que houve cerceamento do direito de defesa porque o autuante deixou de precisar sobre a metodologia para a quantificação da base de cálculo, e que não há correspondência entre o cálculo à fl. 05 e as DMAs e não se pode verificar como o autuante chegou às cifras para aplicar a multa.

Essa infração também foi objeto de refazimento dos cálculos pelo autuante, que reconhecendo o equívoco apontado nas razões de defesa quanto ao exercício de 2000,

efetuiu as correções anexando as cópias das DMAs de outubro a dezembro do mencionado ano. Quanto ao exercício de 2001, o autuante disse que não foi constatado nenhum equívoco, ficando a multa aplicada conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA 1%
31/12/2000	09/01/2001	4.175.251,00	41.752,51
31/12/2001	09/01/2002	14.073.728,00	140.737,28
		-	182.489,79

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea "g", pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnéticos com informações das operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, sendo esse o método estabelecido na legislação para o cálculo da multa.

À fl. 257 dos autos consta requerimento do autuado à repartição fiscal, datado de 18/07/2000, informando que a empresa estava regularizando pendências em seu programa de processamento de dados, e por isso, estava impossibilitada de entregar os arquivos magnéticos. Entretanto, de acordo com as intimações às fls. 11 a 13 dos autos o autuado não atendeu ao pedido para entrega dos arquivos magnéticos (Registro 54), ficando comprovado o cometimento da infração.

Considero procedente a exigência fiscal, haja vista que a mencionada multa aplicada está amparada no RICMS-BA, e os cálculos foram efetuados utilizando os dados fornecidos pelo próprio autuado através das DMAs, sendo anexadas às fls. 268 a 270, as mencionadas DMAs referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2000, além do RELATÓRIO DA DMA CONSOLIDADA, fl. 40, correspondente ao exercício de 2001, valores utilizados para o cálculo da multa exigida. Por isso, não procede a alegação defensiva de que não se pode verificar como o autuante chegou às cifras para aplicar a multa exigida.

Observo que após o refazimento dos cálculos relativos ao exercício de 2000 houve agravamento da infração, haja vista que a multa exigida foi alterada de R\$33.456,47 para R\$41.752,51. Por isso, com base no art. 156 do RPAF/99, representa-se à repartição fiscal de origem para instaurar novo procedimento fiscal, podendo intimar preliminarmente o contribuinte a recolher de forma espontânea a diferença apurada, no valor de R\$8.296,04.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando as exclusões referentes às infrações 01 a 04, ficando alterado o total do débito, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	DECISÃO DA JJF	VALOR DO DÉBITO R\$
01	PROCEDENTE EM PARTE	1.729,84
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.054,22
03	PROCEDENTE EM PARTE	4.763,21

04	PROCEDENTE EM PARTE	120,75
05	PROCEDENTE	806,39
06	PROCEDENTE	66,30
07	PROCEDENTE	460,56
08	PROCEDENTE	1.230,36
09	PROCEDENTE	174.193,75
TOTAL		184.425,38

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0011/03-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.347,67**, sendo R\$2.604,89, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e mais R\$2.742,78, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.512,42 e 150% sobre R\$1.230,36, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f”, VII, “a” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$179.077,71**, sendo R\$3.321,73, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, incisos, IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e R\$175.755,98, prevista no art. 42, incisos, IX e XI; XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologado o valor já recolhido.”

O autuado apresentou embargos de declaração à decisão de 1ª instância (fls. 317 a 329), onde alegou, em relação à Infração 02, que as mercadorias apontadas como adquiridas, não ingressaram em seu estabelecimento comercial, requerendo a determinação de diligências para verificação do recebimento das mercadorias junto aos fornecedores constantes das notas fiscais, afirmando que este pedido não foi apreciado pela 2ª JJF. Quanto à Infração 09, afirmou que o órgão julgador colegiado não apreciou o pedido de cancelamento ou redução da multa, o qual se baseou no art. 46 do COTEB, entendendo que o autuado estava sujeito à imposição da penalidade por não ter apresentado os arquivos magnéticos, apesar de intimado para tal. Disse que já tinha registrado suas dificuldades em desincumbir-se eficazmente desta obrigação acessória, uma vez que realiza suas vendas através de veículos, emitindo notas fiscais manualmente.

A representante da PGE/PROFIS, em seu parecer (fls. 341 e 342), entendeu que o recurso deveria ser recebido como recurso voluntário, que é o previsto no RPAF/99, com base no princípio da fungibilidade dos recursos. Contudo, se manifestou pelo seu não provimento, afirmando que as razões expendidas pelo recorrente seriam inaptas para modificar a decisão recorrida, sendo que, na Infração 02, o ônus da prova seria da recorrente, e, na Infração 09, o pedido seria inepto, por não ter indicado qual dispositivo do artigo pretendia ver aplicado e de que forma queria que fosse alterada a autuação.

A 1ª CJF, em seu julgamento (fls. 348 e 349), Acórdão CJF nº 0235-11/04 transcrito a seguir, declarou nula a decisão de 1ª instância quanto aos itens recorridos, entendendo ter sido proferida com preterição do direito de defesa, com base no art. 18, II do RPAF/99, por não haver manifestação sobre a realização ou não da diligência requerida na Infração 02 e sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória da Infração 09, afirmando estar impedida de apreciar estes pedidos sob pena de supressão de instância.

“RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração interposto pelo autuado contra a Decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0502-02/03 – insurgindo-se contra os itens 2 e 9, que tratam das seguintes irregularidades:

- 2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$1.641,89, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2000, além de maio de 2001. Este item foi julgado procedente em parte no valor de R\$1.054,22.*
- 9. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, e não atendeu às intimações datadas de 01/07/2003, 15/07/2003 e 30/07/2003, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias. Julgado procedente.*

As alegações do embargante foram:

- 1. Quanto à infração 2, negou, veementemente, que as mercadorias cuja base de cálculo monta R\$3.550,41, e o ICMS R\$630,57, tenham ingressado no seu estabelecimento, e disse que o julgador da 1ª Instância deixou de apreciar o requerimento de diligência, contido na defesa, para que junto às emitentes das notas fiscais fosse verificado o destino das mercadorias que lhe foram enviadas.*
- 2. No que tange à infração 9, afirmou que o julgador, também, deixou de apreciar o seu pedido quanto à aplicabilidade do § 4º, do artigo 46 do COTEB, que trata da possibilidade das multas por descumprimento de obrigações acessórias serem reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores.*

Concluiu requerendo a realização da diligência pleiteada e que fosse cancelada total ou parcialmente a multa exigida no item 9.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, ressaltou que o presente Embargos de Declaração deve ser conhecido como Recurso Voluntário, pois o recorrente pretende ver modificada a Decisão de 1ª Instância em seu conteúdo de mérito e o Recurso Voluntário previsto no vigente RPAF/99 para devolver toda a matéria à apreciação desta CJF é este, logo, é silente de dúvida tratar-se caso onde deve ser aplicado o princípio da fungibilidade dos recursos.

Em relação ao pedido de diligência relacionada à infração 2, disse que a JJF refere a esse tipo de diligência quando trata da infração “2 a e b”, e sustenta que esta tem por base notas fiscais apreendidas pela fiscalização que foram endereçadas ao estabelecimento autuado, onde constam corretamente os seus dados, logo assiste razão ao julgador ao afirmar que o ônus da prova deve ser do contribuinte, e este deve providenciar junto ao fornecedor elementos que neguem o cometimento da infração.

Quanto ao argumento de que a JJF não apreciou o pedido de aplicação do art. 46, do COTEB, entendeu tratar-se de pedido inepto, pois o recorrente não indica que dispositivo desse artigo quer seja aplicado e de que forma pretende seja altera a autuação.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, concordo com o opinativo da representante da PGE/PROFIS de que o presente Embargos de Declaração deve ser conhecido como Recurso Voluntário.

De fato, o contribuinte autuado, desde a sua impugnação inicial solicitou que o Auto de Infração fosse baixado em diligência, para que se verificasse junto ao fornecedor o recebimento da mercadoria, conforme se vê à fl. 141, parágrafo sexto, dos autos.

Também pleiteou que fosse aplicada a regra contida no § 4º, do art. 46, do COTEB, porque não teria agido com dolo, fraude ou simulação, ao não atender as intimações para apresentação de seus arquivos magnéticos (fl. 155).

Lendo o voto proferido pelo relator da 2ª JJF, não visualizei qualquer manifestação sua sobre a realização ou não da diligência requerida, nem sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória (infração 9).

Desta forma, esta 1ª CJF fica impedida de apreciar estes pedidos, sob pena de supressão de instância, implicando na nulidade da Decisão recorrida, porque proferida com preterição do direito de defesa (art. 18, II, do RPAF/99).

Voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para julgar nula a Decisão recorrida, e determinar o retorno do PAF à 1ª Instância, para que sejam apreciados o pedidos formulados pelo recorrente desde a sua impugnação inicial, e proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

*ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida pertinente ao Auto de Infração nº 087078.0011/03-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo o PAF retornar à 1ª Instância, para que sejam apreciados os pedidos de diligência e de cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, formulados pelo recorrente desde a sua impugnação inicial, e proferida nova Decisão.”*

Submetido à pauta suplementar, a 1ª JJF entendeu que o processo está em condições de ser julgado.

VOTO

O presente processo exige imposto sob alegação de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento e recolheu a menos ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, e utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, através de cópia de notas fiscais e por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, bem como aplica multa pela entrada no estabelecimento de mercadorias tanto não tributáveis quanto sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal e pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas.

Ressalto que já houve decisão anterior de 1ª instância quanto a este processo, em julgamento proferido pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0502-02/03, pela procedência parcial do Auto de Infração, contudo esta decisão foi declarada nula pela 1ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0235-11/04, em face de recurso voluntário apresentado pelo autuado, onde foi argüida a falta de manifestação sobre a realização ou não da diligência requerida na Infração 02 e sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória da Infração 09, tendo a 1ª CJF afirmado estar impedida de apreciar estes pedidos sob pena de supressão de instância e que a decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa, com base no art. 18, II do RPAF/99.

Em relação à Infração 02, o autuado requereu a realização de diligências para verificação do recebimento das mercadorias junto aos fornecedores constantes das notas fiscais, afirmando que as mercadorias apontadas como adquiridas, não ingressaram em seu estabelecimento comercial. Indefiro este requerimento de diligência com base no art. 147, I, “a” do RPAF/99, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, e que caberia ao autuado provar, em sua peça defensiva, que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, tendo em vista que as notas fiscais que foram arrecadadas nos postos fiscais deste Estado estão destinadas ao mesmo.

No mérito, constato que o autuado provou ter efetuado o recolhimento do imposto relativo à nota fiscal nº 76743. Portanto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor total de R\$ 1.054,22, sendo R\$ 582,96, referente à nota fiscal nº 14668, no mês 01/2000, R\$ 35,09, referente à nota fiscal nº 98458, no mês 02/2000, R\$ 233,80, referente à nota fiscal nº 51898, no mês 07/2000, R\$ 186,47, referente à nota fiscal nº 57467, no mês 12/2000, e R\$ 15,90, referente à nota fiscal nº 608106, no mês 05/2001.

Quanto à Infração 09, o autuado pediu a redução ou cancelamento da multa aplicada com base no art. 46 do COTEB, porém entendo que não ficou provado nos autos que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, pelo que o pedido fica indeferido.

Entendo que a multa é devida, mas, apesar de ter sido aplicada corretamente de acordo com a legislação vigente à época da autuação, a mesma deve ser retificada para 1% sobre o total das saídas do exercício, devido à nova redação do art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96 dada pela Lei nº 9.159/04, publicada após a autuação. Assim, como o total das saídas foi de R\$ 2.336.362,59, no exercício de 2000, e de R\$ 8.322.857,53, no exercício de 2001, conforme DMA’s acostadas aos autos, a infração deve ser reduzida para o valor total de R\$ 106.592,21, sendo R\$ 23.363,63 e R\$ 83.228,58, respectivamente, nos exercícios de 2000 e 2001.

No tocante às demais infrações, não foram objeto do recurso voluntário contra a decisão proferida no Acórdão JJF nº 0502-02/03. Logo, entendo que deve ser mantida a decisão proferida no referido Acórdão JJF nº 0502-02/03 quanto as Infrações 01 e 03 a 08.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Decisão	Imposto Devido	Multa Devida
1	16/5/2000	9/6/2000	Procedente em Parte Acórdão JJF nº 0502-02/03	1.268,89	
	31/1/2001	9/2/2001		460,95	
	Valor Total da Infração 01			1.729,84	
2	31/1/2000	9/2/2000	Procedente em Parte	582,96	
	28/2/2000	9/3/2000		35,09	
	31/7/2000	9/8/2000		233,80	

	31/12/2000	9/1/2001		186,47	
	31/5/2001	9/6/2001		15,90	
	Valor Total da Infração 02			1.054,22	
3	31/1/2000	9/2/2000	Procedente em Parte Acórdão JJF nº 0502-02/03		70,34
	28/2/2000	9/3/2000			95,96
	31/3/2000	9/4/2000			162,44
	30/4/2000	9/5/2000			143,25
	31/5/2000	9/6/2000			229,20
	30/6/2000	9/7/2000			1.678,51
	31/7/2000	9/8/2000			239,04
	31/8/2000	9/9/2000			190,09
	30/9/2000	9/10/2000			176,89
	31/10/2000	9/11/2000			149,49
	30/11/2000	9/12/2000			85,72
	31/12/2000	9/1/2001			20,70
	31/1/2001	9/2/2001			57,67
	28/2/2001	9/3/2001			66,86
	31/3/2001	9/4/2001			1.118,13
30/4/2001	9/5/2001		278,98		
	Valor Total da Infração 03			4.763,27	
4	31/1/2000	9/2/2000	Procedente em Parte Acórdão JJF nº 0502-02/03		0,91
	28/2/2000	9/3/2000			3,51
	31/3/2000	9/4/2000			2,53
	30/4/2000	9/5/2000			1,85
	31/5/2000	9/6/2000			6,09
	30/6/2000	9/7/2000			1,05
	31/7/2000	9/8/2000			3,83
	31/8/2000	9/9/2000			36,92
	30/9/2000	9/10/2000			4,52
	31/10/2000	9/11/2000			36,23
	30/11/2000	9/12/2000			3,42
	31/12/2000	9/1/2001			1,45
	31/3/2001	9/4/2001			8,35
	31/8/2001	9/9/2001			10,09
	Valor Total da Infração 04			120,75	
5	Valor Total da Infração 05		Procedente Acórdão JJF nº 0502-02/03	806,39	
6	Valor Total da Infração 06		Procedente Acórdão JJF nº 0502-02/03	66,30	
7	Valor Total da Infração 07		Procedente Acórdão JJF nº 0502-02/03	460,56	
8	Valor Total da Infração 08		Procedente Acórdão JJF nº 0502-02/03	1.230,36	
9	31/12/2000	9/1/2001	Procedente em Parte		23.363,63
	31/12/2001	9/1/2002			83.228,58
	Valor Total da Infração 09				106.592,21
Valor Total do Auto de Infração			116.823,90	5.347,67	111.476,23

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0011/03-3, lavrado

contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.347,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 4.117,31 e 150% sobre R\$ 1.230,36, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f”, V, “b” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 111.476,23**, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, “g”, da citada Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR