

A. I. N.º - 206930.0004/03-4

AUTUADO - UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

AUTUANTES - STEPHENSON S. DE CERQUEIRA, NIWTON MACEDO e PAULO CÉSAR BRITO

ORIGEM - IFEP/METRO

INTERNET - 15. 02. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0022-04/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Quanto ao produto medicamento, a base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, sugerido pelo fabricante. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO ADICIONAL FUNDO ESPECIAL DE COMBATE À POBREZA. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/03, exige ICMS no valor de R\$ 2.907.436,46, acrescido das multas de 60% e 150%, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1 – Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado – R\$ 1.828.834,03;

2 – Retenção a menor do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em virtude de erro na determinação da base de cálculo – R\$ 1.073.850,53;

3 - Falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de produtos supérfluos, referente ao ICMS Adicional Fundo Especial de Combate à Pobreza – R\$ 4.751,90.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação às fls. 173 a 182, dizendo que os autuantes utilizaram, para realizar o levantamento fiscal, de arquivos magnéticos coletados junto à SEFAZ-MG. No entanto, afirma que tais arquivos foram gerados com erros e inconsistências, sendo o fato denunciado à Secretaria acima citada em 10/02/03 (antes do início da ação fiscal – 13/05/03, conforme Termo de Início de Fiscalização – fl. 18).

Dessa forma, entende que o Auto de Infração, baseado em banco de dados errôneo, não pode prosperar, e pede a sua nulidade ou a realização de revisão fiscal para que seja utilizada a base de dados correta.

Ainda como preliminar de nulidade, alega que a autuação não obedeceu ao disposto no art. 39, VII, do RPAF/99; reclama a não existência do Termo de Início Fiscalização; além da falta de credenciamento dos autuantes junto à SEFAZ-MG.

No mérito, alega que os autuantes incluíram em seu levantamento notas fiscais: destinadas a outros Estados, que não lhe pertenciam, destinadas a consumidor final e não enquadradas no regime da substituição tributária. Acrescenta que o Convênio 76/94 sofreu uma redução da margem do valor agregado a partir de 05/2001, em razão da retenção do PIS/COFINS pelo fabricante, mas que os autuantes fizeram o cálculo da retenção com base no percentual de agregação vigente anteriormente, em alguns casos. Entende que a tabela de preços máximos estabelecidos pelas indústrias, e consideradas pelos autuantes, contraria frontalmente as disposições contidas na Lei Complementar 87/96.

Ao final, requer a juntada de cinco caixas contendo 46 disquetes com arquivos magnéticos, e ratifica seu pedido de revisão fiscal.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 288 a 295) inicialmente rebatem as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, dizendo que o Termo de Início de Fiscalização e credenciamento se encontram às fls. 17 a 20 e 163 dos autos. Acrescentam que a falta de informação das situações em que o débito poderia ser pago com multa reduzida não se constitui em embaraço ao pagamento do A.I. Explicam que o comparativo (fls. 69 a 160) entre as notas fiscais físicas e as contidas no arquivo magnético, evidenciam que a divergência existente se refere, unicamente, ao seguinte: os valores do imposto retido na fonte informados nos referidos arquivos magnéticos não conferem com os efetivamente destacados nas notas fiscais de saídas para contribuintes deste Estado, de forma que os valores informados são iguais aos efetivamente recolhidos e a diferença foi informada no campo “Outros ICMS”, ou seja, o contribuinte apropriou-se de parte do ICMS retido ao informá-lo como “Outros ICMS”.

Afirmam que os valores foram corroborados com as notas fiscais que circularam no Estado da Bahia, cujas vias foram retidas nos Postos Fiscais. Acrescentam que os arquivos magnéticos foram enviados e retificados em diversas oportunidades, sendo que a última retificação considerada foi àquela constante do seu Termo de Início de Fiscalização de 13/05/03.

No mérito, afirmam que as alegações defensivas (inclusão de notas fiscais: destinadas a outros Estados, que não pertenciam ao autuado, destinadas a consumidor final e não enquadradas no regime da substituição tributária) não procedem. Acrescenta que a redução de MVA para medicamentos a partir de 05/2001 foi considerada, e que à utilização do preço máximo de venda a consumidor para determinação da base de cálculo do ICMS a ser cobrado por substituição tributária nas operações interestaduais com estados signatários do Convênio 76/94, para medicamentos da linha humana, tem como base o disposto no citado Convênio, que atende ao disposto no §3º, do art. 8º, da Lei Complementar 87/96.

Quanto aos arquivos magnéticos que o autuado encaminhou posteriormente, consideram que foi manipulado de tal forma que muitas notas fiscais que circularam nos Postos Fiscais e que constavam nos arquivos anteriores, foram apagadas.

Ao final, pedem a procedência do Auto de Infração.

O autuado, em uma segunda manifestação (fls. 316 a 323), ratifica seu posicionamento de que o Auto de Infração, baseado em banco de dados errôneo, não pode prosperar, e que o confronto que os autuantes efetuaram foram realizados exatamente com os arquivos magnéticos defeituosos. Acrescenta extensa relação de clientes, dizendo que se tratam de consumidores finais, e que os autuantes afirmaram que eram ambulantes com inscrição estadual, exigindo o imposto de vários dos nomes mencionados. Afirma, ainda, que recebeu a comunicação a respeito da concessão do regime especial para retenção do imposto referente aos produtos elencados no Anexo 88 somente a partir de 22/01/01, e que inúmeras notas fiscais, objeto do levantamento, apresentavam retenção do imposto estadual, sendo tais valores estornados quando do envio dos novos arquivos. Ao final, reiterando todos os termos de sua defesa inicial requer a extinção do feito, ou em última hipótese, pede a realização de revisão fiscal.

Diante da controvérsia existente, diante do volume de operações a serem examinadas, diante da constatação de que efetivamente o autuado denunciou à SEFAZ-MG, anteriormente à ação fiscal, a inconsistência dos dados fornecidos em seus arquivos magnéticos, e que foram utilizados pelos autuantes para efetuarem os levantamentos objeto do presente processo, a 3^a JJF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência aos autuantes, a fim de que tomassem as seguintes providências, em relação às três infrações, visando evitar futuros questionamentos sobre a legalidade da autuação:

- 1 – intimassem o autuado a apresentar, caso ainda não estivessem de posse dos autuantes, os arquivos magnéticos devidamente retificados, bem como as notas fiscais correspondentes;
- 2 – de posse dos referidos arquivos e notas fiscais, refizessem os demonstrativos elaborados na ação fiscal, confirmando a veracidade das operações, e demonstrando com comprovações anexadas ao PAF, se ainda persistem as diferenças encontradas;
- 3 – verificassem também a relação anexada pelo autuado ao processo às fls. 319 a 320 e 324 a 380, onde afirma que se tratam de consumidores finais, e informassem quais dentre eles foram considerados como ambulantes inscritos neste Estado para apuração do débito, anexando as provas necessárias para essa conclusão.

Os autuantes informaram às fls. 391 a 393, que objetivando cumprir a demanda solicitada pelo Conselho, intimaram o autuado a apresentar as notas fiscais que estivessem em discordância com o levantamento efetuado, mas que as mesmas não foram apresentadas, tendo o impugnante entrado com um pedido de dilação do prazo. Anexaram cópias dos dados cadastrais, por amostragem, afirmindo que se tratam de contribuintes àqueles que o autuado alega serem consumidores finais. Informaram também que estão sendo anexados documentos fiscais retidos na fronteira do Estado quando da circulação, que constam no primeiro arquivo entregue pelo autuado, e que os mesmos foram destinados a contribuintes. Ao final, voltam a pedir a procedência do Auto de Infração.

O autuado requereu, às fls. 983 a 984, a dilação do prazo por mais trinta dias para localizar os documentos solicitados.

O autuado em manifestação às fls. 987 a 989 diz que os autuantes não deram cumprimento ao que foi determinado pelo Conselho. Alega não ser razoável que uma empresa que possui um movimento de emissão de notas fiscais em cerca de 50.000 por dia, seja objeto de um levantamento por amostragem. Contesta o prazo dado pelos autuantes para a apresentação da documentação em questão, considerando-o insuficiente. Reafirma que os arquivos encaminhados ao Estado de Minas Gerais apresentavam vícios insanáveis. Ratifica seu pedido pela nulidade da autuação.

O autuado requereu à fl. 998, a juntada ao PAF dos arquivos magnéticos devidamente retificados.

Como os autuantes não puderam atender ao que foi pedido na diligência requerida pela 3^a JJF, tendo em vista que o sujeito passivo só forneceu as informações solicitadas posteriormente, ou seja, após a manifestação dos autuantes a respeito da diligência requerida, o processo foi novamente convertido em diligência, dessa feita para ASTEC, a fim de que fiscal estranho ao feito, de posse dos arquivos magnéticos que foram anexados pelo autuado à fl. 999, bem como dos demais documentos que se fizessem necessários para eliminar as controvérsias acima relatadas, pudesse cumprir com o que foi solicitado nos itens 2 e 3 da diligência referida e acima transcrita, elaborando novos demonstrativos de débito, se pertinentes.

O Coordenador da ASTEC remeteu o processo à Inspetoria de Origem (IFEP), para que fiscal estranho ao feito, porém lotado na mencionada Inspetoria, cumprisse a solicitação da JJF.

Atendendo a solicitação supra, os fiscais diligentes se manifestaram às fls. 1009 a 1013, da seguinte forma:

Para atender ao requerido na diligência fiscal, os Auditores Fiscais estranhos ao feito adotaram as seguintes providências:

1- Imprimiram as 18 (dezoito) planilhas contendo todos os demonstrativos do levantamento do débito tributário elaborados pelos Autuantes, perfazendo o total de 20.184 páginas em duas vias. Uma via será anexada ao PAF, e a outra foi entregue à Autuada com a Intimação Fiscal (1014 e 1015 do PAF), através do seu Procurador, para que a mesma apresentasse ou deixasse a disposição na sede da empresa, os seguintes documentos fiscais: a) as vias originais e as respectivas cópias reprográficas das Notas Fiscais de saídas que a empresa alega em sua Defesa que devem ser excluídas dos demonstrativos do débito tributário que originou o respectivo Auto de Infração; 2) Livro de Registro de Saídas do período autuado (Janeiro/1998 a Dezembro/2002); 3) as vias originais e as respectivas cópias reprográficas das Notas Fiscais de saídas, constantes da relação apresentada pela empresa, e anexada ao PAF às fls. 319 e 320 e 324 a 380, alegada pela mesma, tratar-se de Notas Fiscais destinadas a consumidores finais, bem como, documentos de comprovação da restituição aos destinatários, dos valores retidos nas respectivas Notas Fiscais.

A empresa protocolizou a resposta à Intimação contendo 134 fls., sendo as três primeiras fls. de texto, e as demais de anexos com cópias de documentos (fls. 1016 a 1149 do PAF), onde alegam o seguinte:

a) que em 23 de novembro de 2002, “a empresa foi vítima de roubo a mão armada, quando homens encapuzados renderam os funcionários...; vários bens foram danificados, destruídos e inutilizados e roubados, dentre eles diversos lotes de notas fiscais de datas variadas (entrada e saída)...; a empresa havia se mudado para o endereço novo pouco meses antes do malsinado roubo...; havia diversos lotes de blocos de notas fiscais dentro do caminhão baú onde foram trancados os funcionários e em armários e gavetas arrombados” (Anexou Boletim de Ocorrência Policial e carta de comunicação à Secretaria da Fazenda de Minas Gerais – AF-III Uberlândia, às fls. 1020 a 1027 do PAF). Diz que “por este motivo, é impossível à empresa atender a solicitação feita” pelos Auditores Fiscais estranhos ao feito.

b) que ”encontrou algumas notas fiscais que corroboram o quanto alegado na defesa” e anexou 40 cópias de notas fiscais dizendo serem destinadas a consumidores finais (fls. 1028 a 1066 do PAF);

c) que “encontrou alguns documentos que demonstram que os clientes que tiveram retenção indevida por conta de falha no sistema como amplamente alegado na defesa foram devidamente reembolsado” (anexou cópias de 25 recibos denominados “Comprovante de Pagamento e descontos” (fls. 1137 a 1147 do PAF). Como as cópias dos recibos estavam apagadas, a empresa foi intimada a apresentar os originais ou cópias legíveis (fl. 1150 do PAF), tendo a Autuada atendido e entregue cópias legíveis e autenticadas (fls. 1151 a 1163 do PAF).

d) que “para se ter uma idéia de como é insubstancial o auto de infração lavrado, junta em anexo uma listagem de notas fiscais que fez parte do referido, como se fossem de emissão da empresa União, porém, que na verdade não são de emissão da autuada”.

e) que “os arquivos magnéticos necessários a revisão encontram-se nos autos”.

Diante das informações da autuada, registradas acima, nos ítems “a” a “e”, os Auditores Fiscais estranhos ao feito passaram a analisar os levantamentos elaborados pelos Auditores Autuantes e as alegações de defesa da autuada, tendo concluído o seguinte:

Em relação ao item “a”: 1) a empresa não apresenta nenhuma prova através de Notas Fiscais, alegando de ter sido vítima de roubo em 23/novembro/2002, quando os ladrões levaram Notas Fiscais de entradas e saídas de diversas datas, que se encontravam em um caminhão baú, além de terem danificado CPU's. A auditoria fiscal realizada pelos Autuantes abrangeu cinco exercícios, 01/janeiro/1998 a 31/dezembro/2002. Se o roubo ocorreu em 23/novembro/2002, deveria então a Autuada ter em seus arquivos físicos e ter apresentado Notas Fiscais do período de 24/novembro/2002 a 31/dezembro/2002; 2) no Termo de Início de Fiscalização (fl. 18 do PAF) lavrado pelos Autuantes em 13/maio/2003, consta que a empresa foi intimada e apresentou os Livros de Saídas e de Apuração do ICMS, tendo os Autuantes constatado que o contribuinte não vinha escriturando corretamente o Livro de Apuração do ICMS-ST destinado ao Estado da Bahia. Nessa data a empresa não informou nem apresentou aos Autuantes a ocorrência do roubo das Notas e Livros Fiscais, tendo apresentado aos mesmos os Livros Fiscais citados. Agora, intimado que foi, não apresenta os Livros de Saídas aos Auditores estranhos ao feito.

Em relação ao item “b”: foi verificado através do INC- Informações do Contribuinte, a condição dos destinatários das 40 (quarenta) Notas Fiscais que a autuada alega destinarem-se a consumidores finais. Constatou-se que todas as Notas Fiscais apresentadas destinam-se a Contribuintes (Normal, Microempresa, Empresa Pequeno Porte, Ambulante) comprovado através dos dados cadastrais nos anexos às fls. 1164 a 1207 do PAF. Todos os destinatários das Notas Fiscais estão devidamente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia. Portanto, a alegação da autuada é improcedente.

Em relação ao item “c”: a Autuada apresentou cópias de 25 recibos denominado “Comprovante de Pagamento e Descontos”, às fls.1151 a 1163 do PAF, alegando corresponder a devolução do ICMS-ST destacado nas Notas Fiscais e cobrado indevidamente dos destinatários, os quais, seriam consumidores finais.

Analizando as 25 cópias dos recibos apresentados verificou-se o seguinte:

a) Observa-se que no lado esquerdo inferior dos recibos está impresso a expressão “09/2003 – de nº 080.001 a 082.500”, que corresponde a data da impressão (Setembro de 2003) e a seqüência numérica dos recibos. Todos os 25 recibos apresentados estão com datas de junho e julho de 1998. Como a Autuada conseguiu preencher os recibos em junho e julho de 1998 com recibos que foram impressos em Setembro de 2003, cinco anos depois? (Anexos: fls.1151 a 1163 do PAF). A Autuada poderia dizer que preencheu os citados recibos após Setembro de 2003 (data da impressão), e então seria o caso de perguntar: como localizou as Notas Fiscais citadas nos recibos, se a mesma alegou que em 23 de novembro de 2002, foi vítima de roubo tendo os ladrões roubado Notas Fiscais e CPU's dos exercícios de 1998 a 2002? A Autuada alegou que por motivo do roubo não pode atender a intimação dos Auditores estranhos ao feito;

b) pesquisando através do número da Nota Fiscal registrada em cada recibo no campo “sob título nº”, e do CNPJ ou do CPF correspondente, cadastrados na receita federal e encontrados nos arquivos magnéticos, constata-se que 15 (quinze) destinatários são “contribuintes inscritos” comprovados pelos Dados Cadastrais (fls. 1208 a 1236 do PAF), os demais, 10 (dez), são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas, tendo sido verificado também que foram utilizados CPF de outras pessoas diferentes dos destinatários identificados nos recibos (fls. 1237 a 1254 do PAF);

c) Vale ressaltar, que mesmo se os recibos não apresentassem as irregularidades apontadas acima, a forma correta para a restituição do indébito não seria esta, e sim a prevista no RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, no Capítulo II – Da Restituição de Indébitos - em seus Artigos 73 a 82. Ver abaixo transcrição do art 73, in verbis:

Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência. (grifo nosso)

...

Em relação ao item “d” observa-se o seguinte: A autuada anexou na sua resposta a Intimação “Relações do CFAMT dos exercícios de 1998 a 2002” informações exclusivas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 1067 a 1136 do PAF). **A Autuada deve esclarecer como conseguiu tais informações (Relações do CFAMT), de uso exclusivo da SEFAZ/BAHIA.**

Alegou que todas as Notas Fiscais constantes nas Relações citadas não foram emitida pela Autuada, mas constam indevidamente nas planilhas de levantamento do débito tributário elaboradas pelos Autuantes. Na pesquisa realizada através das planilhas de levantamento constantes no PAF, constatou-se que do total das Notas Fiscais apontadas, apenas 17 (dezessete) Notas Fiscais constam nas citadas planilhas, sendo todas as 17 (dezessete) destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS-BA, conforme comprovação através dos anexos às fls. 1255 a 1271 do PAF.

Em relação ao item “e”, após as analisar os arquivos magnéticos foi constatado o seguinte:

a) Os arquivos magnéticos apresentados pela Autuada ao CONSEF em disquetes, como sendo arquivos revisados são os mesmos que foram entregues ao Autuantes em CD durante a ação fiscal, conforme comparativos em anexos às fls. 1272 a 1276 do PAF;

b) Como os Auditores Autuantes já haviam verificado durante a ação fiscal e comprovado no PAF em amostragem relevante, através das Notas Fiscais anexas ao PAF às fls. 425 a 980, ficou constatado que nos arquivos magnéticos apresentados pela Autuada aos Autuantes e ao CONSEF, faltam inúmeras de Notas Fiscais emitidas pela Autuada nos exercícios de 1998 a 2002 e destinadas a contribuintes situados no Estado da Bahia. Portanto, ficou provado que os arquivos magnéticos utilizados no processamento pelos Autuantes, correspondem de fato às operações de vendas realizadas pela Autuada e destinadas ao Estado da Bahia, o que torna desnecessário um novo processamento.

Sobre o item 3 requisitado pelo ilustre Relator, que é “verificar também a relação anexada pelo autuado ao processo às fls.319 a 320 e 324 a 380, onde afirma que se tratam de consumidores finais”, os Auditores estranhos ao feito observaram que os Autuantes já haviam comprovado que a alegação da Autuada é infundada, pois tratam-se na verdade de contribuintes inscritos, conforme documentos comprobatórios anexado às fls. 394 a 424 do PAF. Nas verificações realizadas na Diligência Fiscal comprova-se o fato. A quase totalidade dos destinatários que a Autuada diz serem consumidores finais, são na realidade contribuintes inscritos em sua grande maioria, comprovados pelos Dados Cadastrais, e os demais, são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas, e também verifica-se que foram utilizados CPF's de outras pessoas diferentes das identificadas na relação (fls. 1277 a 1386).

Também estão sendo anexadas ao PAF as 18 (dezoito) planilhas contendo todos os demonstrativos do levantamento do débito tributário elaborados pelos Autuantes, perfazendo o total de 20.184 páginas (fls. 1387 a 11.478 do PAF).

Com o objetivo de atender ao ilustre Relator nas providências requisitadas na Diligência, os Auditores estranhos ao feito, analisaram de forma criteriosa, todos os procedimentos da ação fiscal realizados pelos Autuantes, bem como, todas as alegações de defesa da Autuada, chegando a conclusão de que os levantamentos elaborados pelos Autuantes espelham a verdade dos fatos. Na Diligência Fiscal ora realizada, a Autuada em resposta a Intimação feita pelos Auditores estranhos ao feito, alegou a ocorrência de um roubo de Notas Fiscais e CPU's como impeditivo de atender a Intimação e repetiu alegações, acompanhadas de cópias de algumas Notas Fiscais, recibos e Relações do CFAMT, que após verificação restou provado à saciedade, nos esclarecimentos acima registrados e nos documentos comprobatórios anexados, que as referidas alegações são totalmente improcedentes. Em nenhum momento durante a ação fiscal ou na Diligência Fiscal, a Autuada foi capaz de apresentar provas que contrariasse as evidências dos fatos (infrações) levantadas no PAF pelos Autuantes.

Ao tomar conhecimento da diligência efetuada, o autuado manifestou-se às fls. 11602 a 11604, entendendo que os fiscais estranhos ao feito se deixaram levar pelo espírito de classe. Transcreve algumas frases da informação prestada pelos diligentes, visando embasar seu entendimento:

"Como os Auditores Autuantes já haviam verificado durante a ação fiscal e comprovado no PAF em amostragem relevante "(fl. 04);

"os Auditores estranhos ao feito observaram que os Autuantes já haviam comprovado que a alegação da Autuada é infundada, pois tratam-se na verdade de contribuintes inscritos "(fl. 05);

"A quase totalidade dos destinatários que a autuada diz serem consumidores finais, são na realidade contribuintes inscritos em sua grande maioria, comprovados pelos dados cadastrais, e os demais, são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas"(fl. 05).

Conclui que quando os diligentes afirmam: *"que a quase totalidade das pessoas indicadas como consumidores finais são contribuintes inscritos"* eles admitem, que nem todos os que constam nos autos o são. Que quando os fiscais estranhos ao feito afirmam: *"que os demais, são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas"*, partem do princípio da presunção, e que isto não é possível no presente caso.

Ratifica seu entendimento de que o Auto de Infração está eivado de vícios, uma vez que amparado em arquivos magnéticos insubstinentes, cuja denúncia já havia sido feita à Sefaz-MG. Diz que os diligentes informaram que os documentos que a autuada juntou aos autos, como comprovante de devolução aos clientes dos valores indevidamente retidos, apesar de estarem datados de 98, no canto esquerdo do referido comprovante consta a informação 09/2003, e que isto demonstraria a imprestabilidade dos mesmos. Rebate tal entendimento, alegando que em virtude do roubo que ocorreu na empresa houve a necessidade de recorrer aos motoristas, no sentido de que eles localizassem as pessoas que já haviam recebido de volta os valores e tomassem delas segunda via dos recibos.

Concorda com os fiscais de que a restituição do indébito rege-se pelas disposições dos artigos 73 a 82, do RPAF, para a hipótese do imposto ter sido recolhido, porém alega que isto não ocorreu no presente caso. Esclarecem que os valores devolvidos apenas constam nos registros magnéticos

irregularmente considerados e diz que não poderiam constar do demonstrativo objeto da autuação, por serem indevidos. Argumenta que conforme noticiado, na petição protocolizada em 13/10/2004, a empresa sofreu assalto, quando os delinqüentes levaram a documentação solicitada, via intimação. Ressalta que as vendas realizadas para consumidores finais não foram objeto de retenção do imposto. Afirma que em virtude dos arquivos magnéticos coletados se apresentarem inconsistentes, já que foram obtidos na Sefaz de Minas Gerais, os números considerados para efeito de autuação não traduzem a realidade dos fatos. Quanto às alegações de que os arquivos magnéticos apresentados omitem operações de venda para o Estado da Bahia, reafirma que os mesmos foram obtidos com base ficta em números fornecidos ao Estado da Minas Gerais que foram devidamente desqualificados por comunicação feita a esta instituição.

Ao final, considerando a cobrança absurda e arbitrária por utilizar-se de critérios de amostragem, requer a improcedência da autuação.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

O Termo de Início de Fiscalização e credenciamento dos autuantes se encontram às fls. 17 a 20 e 163 dos autos. Quanto à alegação da falta de informação das situações em que o débito poderia ser pago com multa reduzida, tal fato não se constitui em embaraço ao pagamento do A.I.

Ressalto, ainda, que o autuado teve a oportunidade, por diversas vezes, de acostar aos autos os arquivos magnéticos retificados, sendo que os últimos fornecidos (fls. 998) foram devidamente analisados pelos diligentes, que forneceram ao sujeito passivo, cópias de todos os demonstrativos, livros e documentos utilizados na elaboração da revisão fiscal solicitada, não havendo, portanto, do que se falar em utilização de arquivos que foram gerados com erros e inconsistências ou questionamentos sobre cerceamento do direito de defesa, tendo em vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

No mérito, como o autuado apresentou sua impugnação englobando as três infrações, manteremos o mesmo procedimento em relação à análise das mesmas.

O sujeito passivo alegou que os autuantes incluíram em seu levantamento notas fiscais: destinadas a outros Estados, que não lhe pertenciam, destinadas a consumidor final e não enquadradas no regime da substituição tributária. Argumentou que o Convênio 76/94 sofreu uma redução da margem do valor agregado a partir de 05/2001, em razão da retenção do PIS/COFINS pelo fabricante, mas que os autuantes fizeram o cálculo da retenção com base no percentual de agregação vigente anteriormente, em alguns casos. Entende que a tabela de preços máximos, estabelecidas pelas indústrias, e consideradas pelos autuantes, contraria frontalmente as disposições contidas na Lei Complementar 87/96. Afirmou, ainda, que recebeu a comunicação a respeito da concessão do regime especial para retenção do imposto referente aos produtos elencados no Anexo 88 somente a partir de 22/01/01, e que inúmeras notas fiscais, objeto do levantamento, apresentavam retenção do imposto estadual, e que tais valores foram estornados quando do envio dos novos arquivos.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, bem como da diligência efetuada por fiscais estranhos ao feito, entendo que não assiste razão ao autuado pelos seguintes motivos:

1 - a redução de MVA para medicamentos a partir de 05/2001 foi corretamente considerada pelos autuantes;

2 – efetivamente o recorrente deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando, assim, um recolhimento a menos do imposto devido. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme previsto no Convênio ICMS nº 76/94, e art. 61, I do RICMS/BA, atendendo, inclusive ao disposto no §3º, do art. 8º, da Lei Complementar nº 87/96. Na presente situação, cumpriu-se o disposto na Cláusula Segunda do mencionado Convênio, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais;

3 – o autuado não apresentou qualquer prova das suas demais alegações através de notas fiscais, alegando ter sido vítima de roubo em 23/11/2002, porém como bem observaram os diligentes, a auditoria fiscal realizada pelos autuantes abrangeu cinco exercícios, 01/01/1998 a 31/12/2002, e se o roubo ocorreu em 23/11/2002, o autuado deveria ter em seus arquivos físicos e ter apresentado as notas fiscais do período de 24/11/2002 a 31/12/2002. Ademais, no Termo de Início de Fiscalização (fl. 18) lavrado pelos Autuantes em 13/05/2003, consta que a empresa foi intimada e apresentou os Livros de Saídas e de Apuração do ICMS, tendo os autuantes constatado que o contribuinte não vinha escriturando corretamente o Livro de Apuração do ICMS-ST destinado ao Estado da Bahia. Naquela data a empresa não informou nem apresentou aos autuantes a ocorrência do roubo das notas e livros fiscais, tendo apresentado aos mesmos os referidos livros. No entanto, intimado pelos diligentes posteriormente, o autuado não apresentou os Livros de Saídas;

4 – os diligentes verificaram através do sistema da SEFAZ denominado INC, a condição dos destinatários das 40 (quarenta) notas fiscais que o autuado alegou destinarem-se a consumidores finais, constatando que todas as notas fiscais apresentadas tiveram como destinatários contribuintes (normal, microempresa, empresa pequeno porte, ambulante) fato comprovado através dos dados cadastrais anexados às fls. 1164 a 1207 do PAF;

5 – em relação às cópias de 25 recibos que o autuado anexou ao processo denominado “Comprovante de Pagamento e Descontos”, às fls.1151 a 1163 do PAF, alegando corresponder à devolução do ICMS-ST destacado nas notas fiscais e cobrado indevidamente dos destinatários, os quais, seriam consumidores finais, os diligentes verificaram que os mesmos não servem como prova de tais devoluções, com o que concordo, diante das seguintes constatações:

a) no lado esquerdo inferior dos recibos está impresso a expressão “09/2003 – de nº 080.001 a 082.500”, que corresponde a data da impressão (setembro de 2003) e a seqüência numérica dos recibos. No entanto, todos os 25 recibos apresentados estão com datas de junho e julho de 1998 (fls.1151 a 1163). Caso o autuado tivesse preenchido os citados recibos após setembro de 2003, seria o caso de se perguntar como o mesmo localizou as notas fiscais citadas nos recibos, se o sujeito passivo alegou que em 23/11/02, foi vítima de roubo, quando os ladrões levaram suas notas fiscais e CPU's dos exercícios de 1998 a 2002. Vale ressaltar que este foi o motivo alegado pelo autuado para não atender a intimação dos diligentes;

b) ao pesquisar através do número da nota fiscal registrada em cada recibo no campo “sob título nº”, e do CNPJ ou do CPF correspondente, cadastrados na receita federal e encontrados nos arquivos magnéticos, verificou-se que 15 (quinze) destinatários são “contribuintes inscritos” comprovados pelos dados cadastrais (fls. 1208 a 1236), e os demais (dez), são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas. Os diligentes verificaram também que foram utilizados CPF's de outras pessoas diferentes dos destinatários identificados nos recibos (fls. 1237 a 1254);

6 – quanto à relação do CFAMT anexada pelo autuado, alegando que as notas fiscais ali constantes não foram emitidas por ele, mas que constam indevidamente nas planilhas de levantamento do débito tributário elaborada pelos autuantes, os diligentes constataram que do total das notas fiscais

apontadas, apenas 17 (dezessete) constam nas citadas planilhas, sendo que todas as dezessete são destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS-BA, conforme comprovam os anexos às fls. 1255 a 1271;

7 - os arquivos magnéticos apresentados pelo autuado à fl. 998 em disquetes, como sendo arquivos revisados são os mesmos que foram entregues aos autuantes em CD durante a ação fiscal, conforme comparativos em anexos às fls. 1272 a 1276;

8 - ao contrário do que afirmou o contribuinte em sua defesa ao citar apenas um trecho da informação prestada pelos diligentes, estes últimos também constataram que nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado faltavam inúmeras notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo nos exercícios de 1998 a 2002 e destinadas a contribuintes situados no Estado da Bahia. Dessa forma, ficou evidenciado que os arquivos magnéticos utilizados no processamento pelos autuantes, correspondem de fato às operações de vendas realizadas pelo autuado e destinadas ao Estado da Bahia.

9 - quanto à relação anexada pelo autuado ao processo às fls. 319 a 320 e 324 a 380, onde afirma que se tratam de consumidores finais, também ao contrário do que afirmou o contribuinte em sua defesa ao citar apenas um trecho da informação prestada pelos diligentes, os fiscais estranhos ao feito efetuaram exames e confirmaram que a alegação do autuado é infundada, pois se tratam na verdade de contribuintes inscritos, conforme documentos comprobatórios às fls. 394 a 424. Apenas os diligentes acrescentaram que a quase totalidade dos destinatários, que o autuado disse serem consumidores finais, são na realidade contribuintes inscritos, comprovados pelos dados cadastrais, sendo que os demais são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas. Constataram, ainda, que foram utilizados CPF's de outras pessoas diferentes das identificadas na relação (fls. 1277 a 1386).

Portanto, diante de todas as considerações acima elencadas, entendo que os fiscais estranhos ao feito analisaram de forma criteriosa, todos os procedimentos da ação fiscal, e concordo com a conclusão dos mesmos de que os levantamentos elaborados pelos autuantes espelham a verdade dos fatos. Ademais, o sujeito passivo em nenhum momento foi capaz de apresentar provas que elidissem as infrações levantadas no PAF pelos autuantes.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^o 206930.0004/03-4, lavrado contra **UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 2.907.436,46, sendo R\$1.466.302,22, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$293.864,22 e de 150% sobre R\$1.172.438,00, previstas no artigo 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$1.441.134,24, acrescido das multas de 60% sobre R\$784.738,21 e de 150% sobre R\$656.396,03, previstas nos incisos II, “e” e V, “a”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA