

A. I. Nº - 279933.0011/04-3
AUTUADO - ARMAZÉM DE CEREAIS STELA LTDA.
AUTUANTE - ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ/SANTO AMARO
INTERNET - 27/06/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-01/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. É vedada a utilização de crédito fiscal não vinculado a operação de comercialização de mercadorias tributadas. Infração reconhecida. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhida a arguição de nulidade. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS REFERENTES AOS REGISTROS TIPOS 54 E 75. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. À época da ocorrência dos fatos o contribuinte não estava obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, pois não era usuário de SEPD. Infração não caracterizada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2004, no valor total de R\$37.833,96, para exigir imposto e aplicar multas, decorrentes de:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal ICMS, no valor de R\$400,15, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Utilizou-se de crédito com mercadoria da antecipação tributária, além de utilizar-se de crédito acima de 10% conforme prevê Termo de Acordo de Atacadista do contribuinte conforme planilha e cópias de notas fiscais em anexo.
2. Multa no valor de R\$3.541,02, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foram capturadas notas fiscais pelo CFAMT não escrituradas pelo contribuinte conforme planilha e vias das notas anexas, das quais foram entregues cópia dos documentos fiscais ao contribuinte.
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$8.798,30, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
4. Multa no valor R\$ 25.025,43, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Contribuinte beneficiário de Termo de Acordo (Atacadista) para redução de base de cálculo do ICMS nos termos do Decreto 7.799/00, reiteradas vezes intimado, inclusive em operação de Monitoramento para entrega dos arquivos magnéticos com o registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, não o fez. Em consequência, teve seu cadastro cancelado pelo descumprimento de obrigação conforme cópia FLC anexa. Posteriormente enviou arquivos a fim de reativar seu cadastro, porém, omitindo os registros dos arquivos 54 e 75, impossibilitando a ação fiscal relativa ao roteiro de Auditoria de Estoques. Com este procedimento sujeitou-se a multa tipificada no artigo 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97, sendo considerado para fins de base de cálculo os valores de Entradas e Saídas escrituradas no seu livro Registro de Apuração de ICMS conforme planilha anexa.
5. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 69,06, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Adquiriu em operação interestadual produto para seu uso e não recolheu a diferença de alíquotas conforme notas fiscais em anexo e cópias entregues ao contribuinte.

O autuado apresentou defesa, fls. 315/333, inicialmente, reconhecendo às infrações 1 e 5, passando a expor os argumentos defensivos em relação as demais infrações.

INFRAÇÃO 2 – Aduz que deverá ser rechaçada vez que não atende ao Princípio da Legalidade e do dever do fisco de provar a ocorrência da infração.

Diz que: “Ora, a impugnante simplesmente desconhece a existência dessas notas fiscais e afirma veementemente não ter realizado as operações por ela acobertadas, razão pela qual as mesmas não constam dos seus registros fiscais.”

Assevera que a escrita fiscal da impugnante é meio de prova para atestar o cumprimento das obrigações principais e acessórias a que seja obrigada, não podendo, pois, ser desconsiderada pela fiscalização a não ser em casos excepcionais nos quais se prove de modo irrefutável a sua imprestabilidade, o que não ocorreu no presente caso.

Argumentou que a apresentação de cópias de notas fiscais emitidas por terceiros, não constitui elemento suficiente para provar a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação como pretende a representante do fisco, citando ainda os artigos 142 e 112, do CTN e artigo 322, do RICMS/97.

Diz que o RPAF/99 macula de nulidade o lançamento no qual não seja possível se determinar com segurança a infração ou o infrator, art. 18, IV, “a”.

INFRAÇÃO 4 - Na mesma linha, foi fulminado de nulidade ao pretender imputar ao impugnante a infração capitulada como 04, a qual, merece ser sumariamente rechaçada por esse Conselho por estar desprovida de qualquer respaldo jurídico, pois a obrigação de emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados – SINTEGRA, foi instituída pelo Convênio 57/95 e após, inserida no RICMS/Ba., sendo certa, a inexistência de lei que a embase, transcrevendo inciso II, do artigo 5º da CF e citando doutrinador, para fundamentar seu argumento.

Destaca que o Termo de Acordo firmado entre o Estado da Bahia e o Impugnante não tem o condão de obrigar a este último a apresentação do referido arquivo magnético, vez que o autuado não tem condições de discutir as cláusulas do acordo, pelo que, este foi obrigado a aceitá-lo nos exatos termos em que foi proposto para os fins de usufruir o benefício.

Em seu entendimento, a multa poderia ser simplesmente cancelada, por decorrência lógica, com fundamento nos § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, o qual transcreveu, tendo em vista que não teria havido falta de pagamento de imposto, e não houve simulação ou má-fé, citando doutrinador para embasar sua alegação.

Reitera que a multa aplicada viola nossa Constituição Federal.

Salienta que, ao revés, a sua boa-fé é inequívoca, quando embora desobrigada da apresentação dos arquivos magnéticos, seja pela ilegalidade de sua exigência, seja por não ser usuária de sistema eletrônico para escrituração fiscal, ela o apresenta deixando de preencher os campos referidos no Auto de Infração pela impossibilidade material de fazê-lo, dado ao volume e complexidade da operação.

Ressaltou que o dever de fiscalizar é do fisco e somente a ele compete exercer essa atividade, embora seja uma tendência cada vez maior da fiscalização transferir ao particular o ônus do cumprimento da obrigação principal por meio da criação de obrigações acessórias.

Por fim, diz confiar no cancelamento da multa aplicada, acaso os julgadores entendam ter havido descumprimento de obrigação acessória.

INFRAÇÃO 3 – Da Substituição Tributária – Aduz que, para confirmar a inconsistência e conseqüente imprestabilidade da autuação, cumpre apontar falhas na apuração de valores indicados pela fiscalização, todos decorrentes de equívoco ao aplicar apressadamente a legislação que rege a matéria.

Destacou que, da análise do demonstrativo das mercadorias sujeitas à antecipação tributária nota-se que:

1- Aquelas mercadorias enquadradas genericamente como bebidas alcoólica foram todas consideradas com as suas alíquotas aumentadas de 2% cuja arrecadação destina-se ao Fundo de Pobreza consoante prevê o artigo 51-A, do RICMS/97. Entretanto, da leitura do dispositivo depreende-se, sem maiores esforços, que esse adicional não se aplica a todos os tipos de bebida alcoólica, tendo sido expressamente excluída a aguardente.

2- Alguns itens constantes em diversas notas fiscais foram equivocadamente enquadrados como bebidas alcoólicas sujeitas a substituição tributária e ao adicional de 2%, além de terem a alíquota considerada como 25%, são elas: 20267, 20628, 7994, 4112, 29012, 17419, 20085, 24039, 36579 e 36580. Não se tratam esses produtos de bebidas alcoólicas, errada, portanto, a autuação.

3- Na Notas Fiscais nºs 197044, 202067, 205950, 213028, 221051, 228163, 233198, 247969, 251283, 253110, 259433, 4408, 5702, e 12712, nelas foi considerado para cálculo do imposto devido o valor da nota incluindo o valor do ICMS já pago.

4- As mercadorias objeto da Nota Fiscal nº 597193 foram devolvidas, como se comprova do referido documento, não obstante, foi objeto de autuação por suposto recolhimento a menor de imposto.

Ao finalizar, requer pela improcedência das infrações 2, 3 e 4. Caso não entenda pela improcedência que seja desconsiderada a multa com fulcro no disposto no § 7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

A auditora designada, às fls. 336/338, ao prestar a informação fiscal, em relação à infração 02, ressaltou que existem notas fiscais de aquisição de mercadorias em nome do autuado e não registrado em sua escrita fiscal.

Diz que a autuante apontou de forma clara e precisa a irregularidade imputada ao autuado, apresentou notas fiscais em seu nome que não foram registradas em sua escrita fiscal, caso as mercadorias não tenha dado entrada em seu estabelecimento, cabe ao contribuinte provar.

Em relação à infração 4, resalta que o autuado esquece que o Decreto nº 7.799/00, em seu art. 7º, dispõe que as condições e procedimentos aplicáveis serão determinadas por um Termo de Acordo específico a ser firmado entre o Estado da Bahia e o interessado.

Salienta que, a redução de base de cálculo, fica condicionada à celebração deste termo. Portanto, não atendendo as condições e procedimento acordado, não poderia o autuado estar se valendo do benefício que lhe foi concedido, devendo realizar suas vendas sem a redução da base de cálculo.

Quanto à infração 3, informa que: “Feitas as verificações, concordo com o autuado que os valores constantes nas notas fiscais relacionadas abaixo devem ser excluídos do montante autuado:”

Ao finalizar, opina pela manutenção das infrações 1, 2, 4 e 5, e pela redução do valor da infração 3, devendo ser excluído o valor de R\$1.405,97.

Às folhas 347/354, além de reiterar os argumentos anteriores, o autuado ao se pronunciar sobre a informação fiscal, ressaltou que, persistem as falhas que ocasionaram a equivocada infração 03, por ter a auditora deixado de proceder a verificação da totalidade das incorreções cometidas, pelo que o Auto de Infração permanece insubsistente e carecedor de ser julgado improcedente por esse Conselho. Destacou que nem todas as notas fiscais informadas na impugnação, em que foi considerado para o cálculo do imposto devido o valor da nota fiscal, nele incluído o valor do imposto já pago, foram alvo da manifestação fiscal apresentada.

Ao finalizar, requer:

- a) Pela improcedência em relação às infrações 2, 3 e 4;
- b) Desconsideração da multa aplicada;
- c) Revisão dos cálculos equivocadamente realizados pela autuante.

À folha 355, a auditora que prestou a informação tomou ciência da nova manifestação do autuado, tendo informação que como não tinha nenhum fato novo do pronunciamento, opinava pela manutenção parcial da autuação na forma da informação fiscal anterior.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse revisados os valores constantes do demonstrativo denominado de “Relação de aquisições interestaduais de mercadorias sujeita a antecipação tributária”, folhas 72 a 76, com base nas notas fiscais, elaborando novo demonstrativo de débito, considerando o período mensal de apuração do ICMS.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0011/2005 às fls. 363/364 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que, com os ajustes efetuados no demonstrativo com base nos exames das notas fiscais apresentadas pelo autuado, os débitos da infração 3, respectivamente de 2002 e 2003, foram reduzidos para R\$ 2.127,42 e R\$ 1.951,38, conforme planilha do cálculo de apuração mensal e novo Demonstrativo de Débito, os quais integram o parecer.

Às folhas 376/377, o autuado ao se manifestar em relação do resultado da diligência, ressalta que a diligente deixou de excluir do levantamento as Notas Fiscais n.ºs. 4112, 202067 e 213028, cujo equívoco já tinha sido reconhecido pela autuante, reitera os argumentos anteriores e requer a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que a autuante imputa ao sujeito passivo 05 (cinco) irregularidades, as quais passo a analisar.

As infrações 01 e 05 foram reconhecidas pelo autuado, portanto, inexistente lide em relação as mesmas, razão pela qual entendo que restaram caracterizadas.

INFRAÇÃO 02 – Multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, de notas fiscais capturadas pelo CFAMT.

Em sua defesa, alega o autuado que desconhece a existência dessas notas fiscais e afirma não ter realizado as operações por ela acobertadas, razão pela qual as mesmas não constam dos seus registros fiscais, sendo a infração nula, pois não é possível se determinar com segurança a infração ou o infrator.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada 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, estando claramente identificada a infração (falta de registro de notas fiscais no livros de Registro de Entrada) e o infrator (o destinatário das mercadorias, identificado nas próprias notas fiscais).

Analisando os elementos que instruem o PAF, constato que o auditor com base nas vias das notas fiscais do CFAMT, realizou um confronto com os registros constantes no livro de Entradas do autuado, tendo apurado a falta de registros de diversas notas.

Desta situação, determina o art. 2º, inciso § 3º, III, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Logo, entendo que o procedimento da auditora autuante ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação diversas notas não foram registradas, estando caracteriza a infração.

INFRAÇÃO 03 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

Em sua defesa o autuado acostou algumas notas fiscais para comprovar as falhas constantes do levantamento do autuante, sendo o PAF baixado à ASTEC para realização de diligência, tendo o diligente concluído que, com os ajustes efetuados no demonstrativo com base nos exames das notas fiscais apresentadas pelo autuado, os débitos da infração 3, respectivamente, nos exercícios de 2002 e 2003, foram reduzidos para R\$ 2.127,42 e R\$ 1.951,38, conforme planilha do cálculo de apuração mensal e novo Demonstrativo de Débito, os quais integram o parecer.

Acolho o novo Demonstrativo de Débito realizado durante a diligência, entretanto, deve ser acatado o argumento defensivo no sentido de excluir do levantamento as Notas Fiscais n.ºs. 4112, 202067 e 213028, cujo equívoco já tinha sido reconhecido pela autuante. Também, observo que o diligente se equivocou

ao totalizar o débito constante da conclusão, quando comparado com a planilha de folhas 365/367. Assim, a infração restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 2.483,25:

Mês/Ano	Valor da Revisão	Valor Excluído	ICMS Devido R\$
jan/02	446,77		446,77
fev/02	259,96		259,96
mar/02	228,15		228,15
abr/02	55,17	34,98	20,19
mai/02	305,39		305,39
jun/02	0,00		0,00
jul/02	47,62	39,53	8,09
ago/02	129,80		129,80
set/02	265,90		265,90
out/02	339,92		339,92
nov/02	0,00		0,00
dez/02	0,00		0,00
jan/03	44,56		44,56
fev/03	113,62		113,62
mai/03	79,91		79,91
jun/03	0,00		0,00
jul/03	0,00		0,00
ago/03	241,02		241,02
Total	2.640,36		2.483,28

INFRAÇÃO 04 - Multa por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Consta, ainda, da acusação de que o autuado foi reiteradamente intimado, inclusive em operação de Monitoramento para entrega dos arquivos magnéticos com o registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, não o fez. Posteriormente enviou arquivos omitindo os registros dos arquivos 54 e 75, impossibilitando a ação fiscal relativa ao roteiro de Auditoria de Estoques.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Efetivamente o autuado não estava obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, pois o mesmo não é usuário de SEPD e, na qualidade de atacadista, somente passou a ser obrigado a enviar os referidos arquivos a partir de 01/06/04, em decorrência da alteração do RICMS nº55, a qual acrescentou o § 5º ao art. 708-A. Logo, a infração é improcedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

Infrações	Julgamento	ICMS Devido	Multa
1	Reconhecida	400,15	
2	Procedente	-	3.541,02
3	Porc.Parte	2.483,25	-
4	Improcedente	-	-
5	Reconhecida	69,06	-
Total	-	2.952,49	3.541,02

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 **279933.0011/04-3**, lavrado contra **ARMAZÉM DE CEREAIS STELA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.952,49**, da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, e mais a multa no valor de **R\$3.541,02**, prevista no art. 42, IX, “a” da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2005.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR