

PROCESSO - A. I. Nº - 298937.0001/05-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0252-05/06-A
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 25/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-12/07

EMENTA: ICMS. 1. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. LEITE. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL Exigência com base em dispositivo regulamentar sem amparo na lei tributária. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração elidida parcialmente 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração subsistente em parte. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração afastada parcialmente 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado. Refeitos os cálculos quanto a esta infração, mediante diligência fiscal. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. Infração parcialmente caracterizada. Foi feita correção no cálculo do imposto após diligência fiscal 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. **a)** OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS. MULTA. A evolução da legislação baiana, no que concerne a arquivos magnéticos, demonstra que o interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente – o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, escoimadas de erros ou inconsistências, de modo que o arquivo magnético deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com

inconsistência. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências. É, portanto, indevida a multa em discussão. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Restou comprovado nos autos que uma parte das notas fiscais foram objeto de lançamento no livro Registro de Entradas da empresa. Refeito os cálculos. Infrações parcialmente caracterizadas. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado que parte da mercadoria foi tributada. Infração não elidida integralmente. 7. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada parcialmente no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração, abatendo-se os valores pagos ao FAZCULTURA. Mantida a Decisão de 1º grau. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento, nos termos do art. 169, inc. I, alínea “a”, item 1, do RAPF/99, em razão de declaração de procedência parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa de R\$844.365,86, valor este que foi reduzido para R\$330.192,13, a título de imposto mais a penalidade, no montante de R\$12.080,30.

No Auto de Infração em reexame foram imputadas ao contribuinte as seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Consignaram os autuantes que a empresa não efetuou o estorno proporcional de crédito fiscal de ICMS relativo às aquisições de material de embalagem em 2002 e 2003, entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e, tendo o contribuinte promovido à saída de mercadorias isentas e não tributáveis, no período desses créditos fiscais, exigindo-se imposto no valor de R\$14.298,85;
2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto (verduras), exigindo-se imposto no valor de R\$5.936,83.
3. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com tributação antecipada, exigindo-se imposto no valor de R\$765,33;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, exigindo-se imposto no montante de R\$299.167,25;
5. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com redução de base de cálculo (leite), exigindo-se imposto no valor de R\$40.257,83;
6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, importando na exigência de imposto de R\$210.650,08;

7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, exigindo-se ICMS no valor de R\$46.846,17;
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, exigindo-se ICMS no valor de R\$9.718,54;
9. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestação, aplicando-se MULTA de R\$152.317,90;
10. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de R\$34.246,31;
11. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, exigindo-se ICMS no valor de R\$1.481,23;
12. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, exigindo-se ICMS no valor de R\$2.221,23;
13. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto lançado no livro de Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, importando na exigência de R\$70,76 de imposto, referente ao mês de março de 2002 e
14. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, para os meses de março, abril, maio, outubro, novembro e dezembro de 2002, importando na exigência de R\$26.387,55 de imposto.

O autuado, por meio de advogado, apresentou defesa administrativa às fls. 877 a 907 dos autos, e a JJF, ao decidir a lide, exarou o voto a seguir transcrito:

“Da análise dos autos, torna-se claro que o autuado reconheceu o cometimento da infração 13, resultante do recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. A infração está lastreada no demonstrativo de nº 12, à fls 636/637 do PAF. Ao concordar com a ação fiscal, o autuado afastou a lide desta questão, motivo pelo qual a mantenho, sem analisar detalhadamente a mesma. Observo que o demonstrativo usado para fundamentar a infração 13 é o mesmo para o item 14. Quanto a esta última, o autuado ressaltou que disponibilizou Recursos para o programa FAZCULTURA de outubro a dezembro de 2002 e que esses lançamentos apesar de não serem devidos foram inseridos no levantamento fiscal elaborado para essa infração. Os autuantes concordaram com a alegação, excluindo da imputação os créditos referentes ao FAZCULTURA, alterando o valor daquela para R\$11.814,75” (montante original: R\$ 26.387,55). “Para esta mesma infração, o contribuinte ressaltou ter cometido erros na escrituração de Outros Créditos (R\$4.225,95) e Outros Débitos (R\$9.560,07) no mês de abril de 2002 e que estes não foram considerados pelos autuantes quando da elaboração das peças que subsidiaram a lavratura do Auto de Infração para essa ocorrência. Juntou apenas cópia do livro Registro de Apuração (fl 1631), desacompanhada do termo de abertura do referido livro. Concordo com os autuantes quando dizem que apenas a apresentação de cópia do livro Registro de Apuração, sem detalhar o erro de lançamento incorrido, não faz prova em favor do contribuinte. Ademais, em se comprovando erro na escrituração fiscal, o procedimento a ser adotado é aquele preconizado pelo art. 101 do RICMS, que exige a comunicação do erro observado a Inspeção Fiscal da circunscrição do estabelecimento. Assim, aceito os valores constantes à fl 1701, verso, como os exigidos para a infração 14 (fatos geradores: março de 2002 – R\$1.672,40; abril de 2002 – R\$10.055,57; Maio de

2002 – R\$86,78 – Total R\$11.814,75).

Percebo também que houve concordância dos autuantes quanto ao alegado para as infrações 7 e 8, elaborando os mesmos novos demonstrativos para esses itens, à fl 1668 para a infração 7 e à fls 1691 para a infração 8. A infração 8, diz respeito a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. A infração 7, versa também sobre diferença de alíquotas, tendo como diferenciação a destinação - consumo do estabelecimento. A divergência se restringia a valores e determinadas operações, alegadas como não tributadas (revistas, informativos, etc.) ou com a carga tributária reduzida (informática). Assim, com a revisão procedida pelos autuantes, que segundo os mesmos foi feita com base nas fotocópias de notas fiscais apresentadas, e o acatamento da defesa, a lide foi afastada dessa questão, motivo pelo qual aceite os novos demonstrativos como o exigível para as infrações 7 e 8, conforme se vê abaixo: (valor original, respectivamente - R\$ 46.846,17 e R\$ 9.718,54)

| <i>infração</i> | <i>data venc</i> | <i>ICMS</i> |
|-----------------|------------------|------------------|
| 7 | 9/2/2002 | 106,24 |
| 7 | 9/3/2002 | 262,11 |
| 7 | 9/4/2002 | 391,05 |
| 7 | 9/5/2002 | 448,34 |
| 7 | 9/6/2002 | 111,15 |
| 7 | 9/7/2002 | 154,85 |
| 7 | 9/8/2002 | 224,53 |
| 7 | 9/9/2002 | 453,73 |
| 7 | 9/10/2002 | 89,73 |
| 7 | 9/11/2002 | 529,30 |
| 7 | 9/12/2002 | 5.333,49 |
| 7 | 9/1/2003 | 13.483,50 |
| 7 | 9/2/2003 | 701,66 |
| 7 | 9/3/2003 | 308,73 |
| 7 | 9/4/2003 | 534,28 |
| 7 | 9/5/2003 | 365,18 |
| 7 | 9/6/2003 | 646,19 |
| 7 | 9/7/2003 | 626,89 |
| 7 | 9/8/2003 | 3.247,83 |
| 7 | 9/9/2003 | 10.024,69 |
| 7 | 9/10/2003 | 1.001,96 |
| 7 | 9/11/2003 | 521,01 |
| 7 | 9/12/2003 | 673,01 |
| 7 | 9/1/2004 | 689,48 |
| TOTAL | | 40.928,93 |

| <i>infração</i> | <i>data venc</i> | <i>ICMS</i> |
|-----------------|------------------|-----------------|
| 8 | 9/8/2002 | 578,16 |
| 8 | 9/9/2002 | 472,70 |
| 8 | 9/10/2002 | 2.280,56 |
| 8 | 9/11/2002 | 140,79 |
| 8 | 9/12/2002 | 87,98 |
| 8 | 9/1/2003 | 230,70 |
| 8 | 9/2/2003 | 1.585,50 |
| 8 | 9/7/2003 | 279,74 |
| 8 | 9/9/2003 | 1.696,87 |
| 8 | 9/10/2003 | 34,74 |
| 8 | 9/11/2003 | 170,07 |
| TOTAL | | 7.557,81 |

“No tocante a infração 1, a discordância consiste na utilização de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária no cálculo do percentual a ser aplicado sobre total das saídas para a determinação do ICMS a ser estornado. O contribuinte afirmou que este procedimento decorre de uma interpretação equivocada do art. 100 do RICMS. Acrescentou que concorda com o estorno do crédito fiscal, referente às saídas isentas ou não tributáveis, desde que não se inclua nessa apuração as operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária. Requereu a realização de diligência com o fim de excluir do cálculo da proporcionalidade os valores relativos à substituição tributária. Entendo como acertada a autuação quanto a esse item, já que este CONSEF tem prolatado decisões reiteradas (Câmara Superior nº 0045-21/03 e Acórdão JJF nº 0069-05/5, entre outras) que “não existe qualquer tributação, em operação ou prestação subsequente, quando a mercadoria houver sido objeto de substituição ou antecipação tributária, o crédito fiscal sobre estas mercadorias não é admitido, e sobre material de embalagem, energia elétrica e comunicação, somente é admitido de forma proporcional às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto”. Rejeito a solicitação de diligência, uma vez que a infração está devidamente

consubstanciada nos demonstrativos 1 e 2, não carecendo assim de informações adicionais. Por essa razão, mantenho o valor inicial para a infração 1.

A infração 2 refere-se a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto (verduras). O sujeito passivo tributário afirmou que as mercadorias autuadas condicionam todos os tipos de produtos e não apenas sacos plásticos para verduras. Solicitou que se refizesse o demonstrativo para essa infração, via diligência, utilizando o critério da proporcionalidade para se mensurar o valor efetivo a ser estornado. Os autuantes rebateram a defesa, informando que nos arquivos magnéticos enviados constava à observação que as embalagens eram para acomodação de verduras, e afirmaram que o contribuinte não apresentou prova em contrário, mantendo por essas razões a 2ª infração. O art. 143 do RPAF dispõe que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Ressalto que a defesa está desacompanhada das provas pertinentes, motivo pelo qual mantenho a infração integralmente. Quanto à realização de diligência, rejeito, uma vez que esta é destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, e assim não foi feito, contrariando ao disposto no art. 147, I, "b", do RPAF.

A infração 3 vincula-se a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal, e que posteriormente foram objeto de saídas com tributação antecipada. O contribuinte informou que as mercadorias em questão tratavam-se de sacos destinados ao acondicionamento de pães. Reiterou as razões de defesa apresentadas para a infração 1, asseverando que a operação é tributada, e que o seu direito ao crédito está garantido. Pede a improcedência da autuação quanto a esse item. Anoto que essa infração tem a mesma natureza da infração 1, e a ela deve ser aplicado o mesmo entendimento ali externado. Dessa forma, mantenho a autuação, uma vez que este CONSEF entende que esta operação, para os fins de apropriação do crédito fiscal, as compreende como não tributada.

Em relação à infração 5, que exige estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com redução de base de cálculo (leite), noto que o contribuinte reconheceu a procedência da autuação, divergindo apenas quanto a valores. Os autuantes aceitaram a defesa apresentada, elaborando novo demonstrativo para a esse item (fl 1663), alterando o valor autuado quanto a essa infração de R\$40.257,83 para R\$35.883,06. Em sua última manifestação, o autuado apresentou novas cópias de notas fiscais nas quais alega não ter se apropriado do pertinente crédito, elaborando novo demonstrativo (fls 1806/1860) para essa infração. Nas diligências realizadas, o aludido servidor fiscal, ao cotejar a acusação com as contraprovas apresentadas, sugeriu a alteração dessa para o montante de R\$28.675,11.

Anoto que todas essas infrações têm como justificativa por parte da acusação a falta de estorno do crédito fiscal em operações cujas saídas posteriores foram feitas com isenção (infrações 1,2 e 3) isentas ou com redução de base de cálculo (5). Todas essas se arrimam no art 100 do RICMS-BA/97 e em reiteradas decisões deste CONSEF. Especificamente quanto a infração 5, a orientação deste Conselho foi modificada, concluindo ser ilegal a exigência fiscal pela falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, não cabendo ao Regulamento do ICMS prever caso de estorno de crédito fiscal que não esteja estabelecido pela Lei. Na situação em comento tem se decidido que não cabe discussão sobre o reconhecimento, nem a declaração de ilegalidade do RICMS, pelo CONSEF, mas, tão somente, de declaração de nulidade da autuação por estar em desconformidade com a lei vigente. Este

também é o meu entendimento, uma vez que os atos administrativos apenas se validam quando estão em conformidade com o ordenamento jurídico existente. Assim, com base no art. 2º e 18, III, do RPAF/99, concluo pela nulidade da ação fiscal, em relação ao item 5 do Auto de Infração.

Para a infração 4, que cobra utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, o sujeito passivo aduziu que incorreu em erro, por algumas mercadorias estarem na substituição tributária em Sergipe e não na Bahia, e vice-versa. Informou, porém que algumas mercadorias foram tributadas normalmente, não tendo sido este fato considerado pelos autuantes. Exemplificou o erro supostamente cometido pelos autuantes, através da citação de algumas notas fiscais como as de nº 44509 e 920, que tiveram o crédito estornado posteriormente. Prosseguindo, afirmou que as notas fiscais de nº 238, 259, 273, 439, 365 e 236 foram tributadas normalmente, uma vez que se referem a saídas de mercadorias tributadas e não a serviços, como assim consideradas pelos autuantes. Observou que alguns produtos foram incluídos no demonstrativo elaborado como não tributados, mas em verdade sofreram tributação normal, exemplificando através da citação e explanação de propriedades das seguintes mercadorias: medicamentos fototerápicos, bebida nutritiva ADES ABACAXI, 1 L, ÁGUA OXIGENADA, CHOCO CROC SUPERBOM 300 G, BEBIDA LÁCTA DE MAIS UHT, LEITE AROMATIZADO, NESCAU, PRONTINHO, SUCO NESTLÉ FRUTESS, TRIGO YOKI P/KIBE 500 G 075, BISCOITO ARROZ RARIS CRISPS MAÇÃ CANELA/BANANA 60 G, XAROPE GROSELHA CERSER/PIAGENTINI, dentre outros produtos. Requereu a realização de diligência para exclusão dos valores computados em demonstrativo, embora efetivamente tributados. Os autuantes negaram a ocorrência de equívoco por parte deles no levantamento elaborado quanto à consideração como serviço das notas fiscais de nº 238, 259, 273, 439, 365 e 236, ressaltando que havia menção expressa a serviços nos arquivos magnéticos referentes às notas fiscais analisadas e não havia alusão a qualquer tipo de mercadoria. Acrescentaram que o erro partiu do contribuinte, embora acreditem não ter decorrido de dolo ou má-fé. Ressaltaram que apesar do contribuinte ter alegado que estornou o crédito fiscal referente às notas fiscais de nº 44509 e 920, a este não fez prova. Com relação às demais notas fiscais citadas pelo autuado, asseguraram que foram excluídas do levantamento fiscal, por estarem informadas como não tributadas no arquivo magnético transmitido a SEFAZ. Refizeram o levantamento fiscal, acatando a exclusão de algumas mercadorias, que em realidade eram tributadas. Observaram que ÁGUA OXIGENADA, COGUMELO EM CONSERVA, CHURRASQUEIRA E FRUTTES MIX NESTLÉ não fizeram parte do levantamento. A infração passou de R\$299.167,25 para R\$289.659,30. O contribuinte em sua última manifestação reconheceu a procedência dessa infração no valor de R\$216.545,23, sustentando que os arquivos estavam incorretos e que cabia aos autuantes intimá-lo a corrigir os referidos arquivos. Reafirmou a necessidade de diligência, uma vez que a fiscalização apreciou apenas os itens dados como exemplo, e não todos os produtos como assim deveria ter feito. Através de diligência, a reavaliação foi feita, à luz das provas e documentos fiscais apresentados ao diligente servidor fiscal, com elaboração de novo demonstrativo às fls.3612/14 dos autos, o qual tomo como valor exigido para a infração 4. Ressalto que o imposto é devido, atendendo ao preconizado pelo art. 97, IV, “b”, do RICMS e que a infração está devidamente substanciada no demonstrativo apresentado. Em sendo assim, remanesce valor a recolher para a infração 4, conforme disposto abaixo:

| <i>data venc</i> | <i>ICMS</i> |
|------------------|-------------|
| 9/2/2002 | 1.465,67 |
| 9/3/2002 | 1.294,88 |
| 9/4/2002 | 2.059,34 |
| 9/5/2002 | 1.478,33 |
| 9/6/2002 | 4.558,51 |
| 9/7/2002 | 11.884,70 |
| 9/8/2002 | 10.658,70 |

| | |
|--------------|-------------------|
| 9/9/2002 | 10.636,98 |
| 9/10/2002 | 8.091,59 |
| 9/11/2002 | 13.901,16 |
| 9/12/2002 | 15.638,23 |
| 9/1/2003 | 21.770,76 |
| 9/2/2003 | 7.941,80 |
| 9/3/2003 | 9.120,21 |
| 9/4/2003 | 9.685,38 |
| 9/5/2003 | 10.770,62 |
| 9/6/2003 | 12.689,15 |
| 9/7/2003 | 13.527,37 |
| 9/8/2003 | 10.771,55 |
| 9/9/2003 | 10.385,99 |
| 9/10/2003 | 10.985,40 |
| 9/11/2003 | 14.428,55 |
| 9/12/2003 | 11.526,07 |
| 9/1/2004 | 22.027,54 |
| TOTAL | 247.298,48 |

Quanto ao valor reconhecido e pago de R\$216.545,23 referente à infração 4, este deverá ser homologado pela inspetoria com circunscrição fiscal sobre o contribuinte e não deduzido pelo julgador do valor exigido.

Quanto à infração 6, o sujeito passivo tributário foi autuado por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. O mesmo alegou tratar-se de erro nos arquivos magnéticos transmitidos a SEFAZ, mas que as operações foram tributadas normalmente, requerendo a realização de diligência com o fim de comprovar o quanto alegado. Apresenta cópias de cupons fiscais (fls. 1021/1033) como exemplo do alegado. Os autuantes rebatem a defesa, afirmando que o contribuinte não apresentou provas que elidissem a infração a ele imputada. Novamente, as diligências determinadas resultaram em proposta de redução do valor exigido, particularmente nesta, o diligente servidor fiscal recomendou a exclusão da mesma da autuação, uma vez que atestou que as saídas foram efetivamente tributadas. Dessa forma, com arrimo nos dois Pareceres apresentados pelo citado servidor fiscal, decido pela improcedência dessa infração.

Em relação à infração 9, a acusação é que o contribuinte forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestação. Salientou o contribuinte que tomou conhecimento dessa ocorrência apenas na lavratura do Auto de Infração em lide. Sustentou aquele que incorreu em erro devido a problemas operacionais que enfrentou para a entrega dos arquivos magnéticos. Ressaltou que o próprio RICMS/97 prevê a intimação do contribuinte para que seja corrigido arquivo magnético apresentado com inconsistência, bem como o fornecimento de listagem com diagnóstico das irregularidades constatadas, conforme preconizado pelos art. 708-A e §3 do 708-B do RICMS, providências essas não seguidas pelos autuantes. Transcreveu parte de decisões administrativas deste Conselho nos quais a multa ora combatida foi desconstituída por inobservância dos artigos referidos.

Esclareço que a legislação obriga que o arquivo magnético seja submetido à análise de programa Validador, com o fim de depurar inconsistências nos registros informados, ou seja, a transmissão do arquivo através da Internet, dentro do prazo regulamentar, não significa dizer que o arquivo está acabado e pronto, podendo o contribuinte, ao se detectar irregularidades, corrigir posteriormente as inconsistências detectadas. O prazo para essa correção é de 30 dias úteis (a partir da entrega de intimação com listagem-diagnóstico), conforme § 5º ao art. 708-B do RICMS. Este CONSEF tem entendido (ACÓRDÃO JJF Nº 0190-02/05) que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais. Observo também que a autuação foi pela divergência entre os arquivos tipo 50 (informações das notas fiscais) e 54 (itens da nota fiscal) e não pelo

que constava na intimação citada (60 R). Como alegado pela defesa, o próprio cálculo da multa – pelos valores contábeis das operações, mostrou que esta se refere à divergência entre o tipo 50 e 54. Esta desconformidade entre o solicitado na referida intimação e a acusação impede que a multa aplicada de 5% seja substituída pela falta de entrega dos arquivos magnéticos (de 1%), como assim seria possível se a acusação mencionasse os mesmos arquivos solicitados em intimação, conforme art 158 do RPAF. Dessa forma, declaro a nulidade desse item por desatendimento a norma regulamentar.

Quanto à infração 10, o contribuinte foi acusado de ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O mesmo disse que fez diversas recusas de mercadorias e este fato não foi observado pelos autuantes. Solicitou diligência para comprovar o afirmado, excluindo dos demonstrativos as mercadorias que foram comprovadamente devolvidas. Os autuantes aceitaram parcialmente a defesa (fl 1695), efetuando novo levantamento para essa infração, reduzindo o valor exigido para R\$13.950,28. (Valor original: R\$ 34.246,31). O defendente argumenta que devido ao grande volume de suas operações não pode carrear aos autos toda a documentação necessária, reiterando o pedido de diligência, e teve seu pedido aceito. A infração está demonstrada nos anexos 11 e 13 dos autos, com as alterações às fls 3612/14, como abaixo se vê. A alegação de recusa das mercadorias só pode ser aceita se demonstrada. A infração 11 está baseada nos mesmos anexos da infração 10. Vincula-se à falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação. As notas fiscais apresentadas não elidiram totalmente a acusação após as diligências requeridas, motivo pelo qual a mantenho a infração 11, na forma abaixo disposta, novamente, esclarecendo que as alegações de defesa precisam estar consubstanciadas em contraprovas para serem acolhidas pelo julgador.

| <i>infração</i> | <i>data venc</i> | <i>ICMS</i> |
|-----------------|------------------|------------------|
| 10 | 9/2/2002 | 55,83 |
| 10 | 9/3/2002 | 65,18 |
| 10 | 9/4/2002 | 87,95 |
| 10 | 9/5/2002 | 26,50 |
| 10 | 9/6/2002 | 236,36 |
| 10 | 9/7/2002 | 274,76 |
| 10 | 9/8/2002 | 113,55 |
| 10 | 9/9/2002 | 548,32 |
| 10 | 9/10/2002 | 260,83 |
| 10 | 9/11/2002 | 388,35 |
| 10 | 9/12/2002 | 1.354,77 |
| 10 | 9/1/2003 | 1.577,46 |
| 10 | 9/2/2003 | 92,43 |
| 10 | 9/3/2003 | 21,96 |
| 10 | 9/5/2003 | 116,77 |
| 10 | 9/9/2003 | 5.878,13 |
| 10 | 9/11/2003 | 498,17 |
| 10 | 9/12/2003 | 279,32 |
| 10 | 9/1/2004 | 203,66 |
| TOTAL | | 12.080,30 |

| <i>infração</i> | <i>data venc</i> | <i>ICMS</i> |
|-----------------|------------------|-----------------|
| 11 | 9/7/2002 | 67,52 |
| 11 | 9/9/2002 | 169,29 |
| 11 | 9/12/2002 | 598,86 |
| 11 | 9/1/2003 | 639,90 |
| TOTAL | | 1.475,57 |

No que toca a infração 12, a imputação é a de falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Alegou a empresa, que as mercadorias autuadas foram tributação normalmente (cartões telefônicos TELEMAR, cartões de recarga MAXITEL e bolos produzidas na padaria do estabelecimento), requerendo por essa razão a realização de diligência. Os autuantes afirmaram que o contribuinte não apresentou prova do alegado, motivo pelo qual opinam pela manutenção da mesma. Da análise dos autos, concordo com a exclusão dos produtos Bolo de Laranja GB, Bolo de Ovos Comum, bem como de todos os tipos de bolos, dos serviços referentes a cartão telefônico e

Café, uma vez que os produtos são sujeitos à substituição tributária ou a tributação é devida pela empresa de telefonia, com arrimo para tanto em diligência realizada. Assim, remanesce o débito no valor de: (valor original de R\$ 2.221,23)

| <i>Data venc</i> | <i>valor hist</i> | <i>valor em Real</i> |
|------------------|-------------------|----------------------|
| 9/4/2002 | 16,42 | 16,42 |
| 9/5/2002 | 16,42 | 16,42 |
| 9/7/2002 | 4,76 | 4,76 |
| 9/8/2002 | 5,83 | 5,83 |
| 9/1/2003 | 1,39 | 1,39 |
| | 44,82 | 44,82 |

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE deste lançamento de ofício para exigir ICMS no importe de R\$330.215,05 e MULTA no valor de R\$ 12.080,30, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos, com os benefícios da Lei 9650/05 no que lhes couber.

| <i>infração</i> | <i>Imposto</i> | <i>multa fixa</i> | <i>% multa aplicada</i> |
|-----------------|----------------|-------------------|-------------------------|
| 1 | 14.298,85 | | 60 |
| 2 | 5.936,83 | | 60 |
| 3 | 765,33 | | 60 |
| 4 | 247.298,48 | | 60 |
| 5 | nulidade | | |
| 6 | improcedência | | |
| 7 | 40.928,93 | | 60 |
| 8 | 7.557,81 | | 60 |
| 9 | Nulidade | | |
| 10 | | 12.080,30 | |
| 11 | 1.475,57 | | 60 |
| 12 | 44,82 | | 60 |
| 13 | 70,76 | | 60 |
| 14 | 11.814,75 | | 60 |
| Total | 330.192,13 | 12.080,30 | |

Integram o Recurso de Ofício: as infrações 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 e 14. Em face das exclusões efetuadas pela JJF no lançamento fiscal, conforme acima indicado, houve a interposição do Recurso de Ofício, para o reexame por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF da Decisão de 1º grau.

VOTO

As exclusões efetuadas pela Junta de Julgamento quanto às infrações 4, 6, 7, 10, 11, 12 e 14 têm basicamente, por fundamento, erros materiais vinculados à inclusão no lançamento de operações não tributadas ou já tributadas pelo regime de substituição e equívocos relacionados às informações prestadas através de meio magnético. Nenhum reparo a ser feito na Decisão de 1º grau, até porque muitas das correções foram efetuadas pelos próprios autuantes.

As infrações 5 e 9, declaradas nulas na JJF, envolvem duas questões distintas. Quanto à infração 5, a questão é de ordem jurídica e envolve a inexistência de previsão legal para o estorno de débito nas operações cujas saídas se deram com redução da base de cálculo. Mantenho a posição predominante neste CONSEF, quanto à inexigibilidade do estorno nas hipóteses de saídas com redução de base de cálculo do ICMS previstas no art. 100 do RICMS/97. A manifestação da Procuradoria Estadual, na assentada de julgamento, no sentido da legalidade do estorno fiscal é questão que modifica entendimento até agora predominante neste CONSEF. Caberá à Câmara Superior, num eventual Recurso Extraordinário, deliberar acerca da revisão deste entendimento. Já a infração 9, corresponde à exclusão da penalidade pela falta de entrega de arquivos magnéticos no padrão exigido pela legislação, em face do fisco não ter cumprido o rito previsto para a caracterização da infração, ou seja, elaboração da listagem diagnóstico com a indicação das omissões existentes e concessão do prazo de 30 dias para o contribuinte proceder às

correções. A fiscalização não cumpriu as etapas acima descritas, implicando em nulidade do procedimento. Mantenho a Decisão de 1ª Instância em relação às nulidades das infrações acima indicadas e em decorrência, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298937.0001/05-2**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$330.192,13**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d” e “f”; VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$12.080,30**, prevista no art. 42, “IX”, da lei supracitada, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS