

A. I. Nº - 232856.0013/07-8
AUTUADO - IRMÃOS VAZ & CIA LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 02/10/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0286-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. MULTA. O § 3º do art. 708-B do RICMS/BA prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, enquanto que o § 5º, do mesmo artigo, concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Na intimação ao contribuinte foi concedido o prazo de apenas cinco dias para fazer a correção das inconsistências. Portanto, é nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração comprovada. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Ficou comprovada a legitimidade em relação a parte dos créditos reclamados, conforme diligência fiscal efetuada. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo fixo. Feitos os cálculos, o imposto exigido ficou reduzido. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida de acordo com a comprovação apresentada pelo deficiente. Exigência fiscal insubstancial. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Reduzido o débito originalmente apurado, de acordo com a comprovação apresentada pelo deficiente. Infração subsistente em parte. 6. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Autuado comprova a escrituração de parte das notas fiscais, por isso, os cálculos foram refeitos, ficando reduzido o imposto originalmente exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/2007, refere-se à exigência de R\$42.186,51 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$95.308,28, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido multa no valor total de R\$95.308,28.

Infração 02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Valor do débito: R\$536,43.

Infração 03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valor do débito: R\$1.672,85.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do débito: R\$1.089,72.

Infração 05: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização. Valor do débito: R\$7.092,29.

Infração 06: Deixou de efetuar o recolhimento 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. Valor do débito: R\$17.447,80.

Infração 07: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Valor do débito: R\$14.347,42.

O autuado apresentou impugnação (fls. 157 a 160), alegando que não concorda com a maioria das infrações, salientando que os arquivos solicitados pelo preposto fiscal foram entregues com valores acumulados sem considerar as devoluções ao longo do período. Diz que a entrega dos arquivos 60 foram no formato 61, motivado pelo fato de o sistema de processamento de dados adotado na época não gerar os mencionados arquivos, e ao contrário do que ocorre hoje, a SEFAZ não adotou comportamento de homologar e supervisionar se os sistemas atendiam à legislação. Os contribuintes eram leigos, raramente tinham boas informações a respeito do assunto. Afirma que todas as movimentações com mercadorias foram tributadas normalmente; a contabilidade, naquela época, já informava ao SINTEGRA e o Estado não fez qualquer observação de irregularidade, fato que prejudicou o autuado. Informa que o Estado resolveu homologar os sistemas, por isso, o defensor resolveu trocar o seu programa informatizado por um devidamente homologado, que atualmente gera o SINTEGRA a contento. Mas, por ter cancelado o contrato anterior, teve enorme dificuldade com o software que controlava na época, o que o fez contratar pessoa para digitação do material daquela época para atender ao Fisco, porém, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração que considera absolutamente injusto, alegando que sempre cumpriu suas obrigações. Pede que o julgador reconsidera a autuação nos itens 1 a 24 do demonstrativo de débito às fls. 06 a 10 (infração 01) e conceda o prazo de sessenta dias para o término da digitação dos arquivos no formato 60, 74 e 75. Em seguida, o defensor informa as notas fiscais que foram devidamente escrituradas em seu livro fiscal e o crédito fiscal considerado legítimo, discordando da exigência por crédito indevido ou utilizado a mais; da cobrança da antecipação parcial; e da exigência do ICMS por Substituição Tributária, referente a

diversas Notas Fiscais, conforme elencou às fls. 158/159, indicando as notas fiscais e os motivos de sua discordância. Assim, o defensor comenta sobre cada valor e respectivo documento fiscal do demonstrativo de fls. 06 a 10, reconhecendo o débito no montante de R\$10.603,39 itens 25 a 31, 40, 43, 58, 60 e 77 do mencionado demonstrativo.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 229/230 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação aos arquivos magnéticos solicitados por meio de intimações, os mesmos não foram entregues no prazo concedido, restando ao autuante aplicar o que determina a legislação vigente, conforme art. 915 XIII, “a”, do RICMS/97. Entende que em relação ao pedido apresentado pelo autuado para que se conceda o prazo de sessenta dias para o término da digitação dos arquivos, cabe a este Conselho a análise e emissão de parecer. Quanto às notas fiscais relacionadas nas razões de defesa, diz que o contribuinte comprovou o pagamento das mesmas bem como em relação às notas fiscais não escrituradas, tendo o autuado comprovado através dos documentos acostados ao PAF. Mas informa que não acatou as alegações defensivas em relação às Notas Fiscais de números 216106, 19864, 2286, 124813, 609815, 23705, 609821, 509150, 533323, 245877, 27262, 28643, 276671, 33595, 67601 e 137079, indicando às fls. 229/230 os motivos de sua discordância. Concluindo, o autuante informa que o total exigido no presente Auto de Infração fica alterado para R\$109.257,68 em decorrência das modificações realizadas quanto às infrações 02 a 07 (exercícios de 2003 e 2004), que sofreram revisões, acatando as alegações defensivas.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos elementos acostados aos autos pelo autuante, o defensor apresentou nova manifestação às fls. 247 a 262. Após fazer uma síntese da autuação e da impugnação inicial, aduz que a exigência fiscal referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais restou em grande parte elidida quando da apresentação das notas fiscais junto com a impugnação. Diz que ficou evidenciada a sua boa fé e ilibada reputação com o Fisco; que restou provado o recolhimento de parte significativa do ICMS exigido, e tal situação foi reconhecida pelo autuante que refez parte das planilhas com o objetivo de expurgar os valores comprovados. Assevera que, do levantamento original, restaram, de forma significativa, os valores atinentes à aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a penalidade decorrente da falta de apresentação dos arquivos magnéticos. O autuado salienta que após passar por uma fiscalização “*in loco*”, de cinco exercícios, passou quase que ileso no recolhimento dos tributos, e durante toda a sua existência de 45 anos, não houve qualquer restrição ou autuação. Assim, apresenta o entendimento de que não é aplicável a multa pela apresentação parcial dos arquivos magnéticos, citando e transcrevendo o art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN, afirmando que o mencionado dispositivo demonstra o caráter especial e excepcional das normas que disciplinam infrações ou cominam penalidades, conferindo flexibilidade e razoabilidade em sua aplicação. Salienta que o inciso II do citado art. 112 do CTN trata exatamente das circunstâncias materiais do fato ou da natureza e extensão dos seus efeitos. Diz que não traz à baila a aplicação desse dispositivo legal a título de negar a assertiva do autuante quanto à entrega parcial dos arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 2003 e 2004, e que, ainda que inexistam dúvidas quanto ao ocorrido, o mencionado inciso II revela a importância do contexto no qual ocorreu o fato, o que deve ser considerado na aplicação da sanção. Comenta sobre a aplicação da norma ao caso concreto, inclusive em relação ao Direito Penal e apresenta o entendimento difundido na doutrina, citando ensinamentos do Prof. Carlos Valter do Nascimento. Assegura que além do CTN, as legislações ordinárias da União e dos Estados trazem dispositivos que confirmam a regra da discricionariedade do julgador na aplicação da multa. Transcreve o art. 46, § 4º do Código Tributário do Estado da Bahia; art. 158 do RPAF/BA; art. 42, § 7º da Lei 7.014/96. Prosseguindo, o defensor analisa cada um dos requisitos estabelecidos no § 4º do art. 46 do CTN, salientando que se trata de “réu-primário”; a empresa nunca esteve numa situação similar a esta, o que pode ser constatado através de seu histórico. Argumenta, ainda, que o CONSEF aponta concordância com o posicionamento apresentado em suas alegações, e transcreve ementa do julgamento relativo ao

Auto de Infração nº 210560.0043/01-9. Diz que este mesmo entendimento é compartilhado em outras unidades da Federação, a exemplo do julgado oriundo do Estado da Minas Gerais, que transcreveu na fl. 261. O defensor finaliza, pedindo que em relação à primeira infração seja decidido pela inaplicabilidade da multa ou a sua redução; reconhecimento do crédito comprovado na documentação acostada aos autos junto com a impugnação inicial, excluindo a parte comprovada, conforme manifestação do autuante. Salienta que toda a sua escrita fiscal e contábil encontra-se à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Nova manifestação apresentada pelo autuado à fl. 263, dizendo que juntou ao presente processo cópia da NF 216106, referente à ocorrência 31, contestando a exigência fiscal relativa ao mencionado documento, alegando que o crédito utilizado é o valor constante do documento, conforme escrituração na fl. 11 do livro Registro de Entradas nº 28. Diz que em relação à NF 19864, emitida pelo fornecedor Chocolate Garoto S/A, a mercadoria foi devolvida na própria nota fiscal do emitente. Quanto à Nota Fiscal 2286 diz que foi pago o ICMS, conforme DAE já juntado ao PAF com a impugnação. O defensor salienta que continua discordando da cobrança da substituição tributária referente ao produto refresco em pó, bem como a pauta utilizada pelo autuante. Por fim, requer provar todo quanto alegado pelos meios legais admitidos.

À fl. 289 consta Relatório do débito parcelado no valor parcial que foi acatado pelo defensor.

Considerando a alegação defensiva de que ainda constatou erros no levantamento fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC para que o diligente intimasse o autuado a apresentar todas as notas fiscais originais correspondentes aos equívocos constatados no levantamento fiscal, e confrontasse os mencionados documentos com os demonstrativos do autuante, excluindo o que fosse comprovado pelo defensor, indicando os saldos mensais remanescentes. Em seguida, elaborasse novo demonstrativo de débito.

Foi realizada a diligência fiscal requerida, conforme PARECER ASTEC Nº 0111/2008, sendo informado pelo diligente que após intimar o autuado a apresentar a documentação original suporte das alegações defensivas, procedeu aos exames necessários à comprovação das eventuais inconsistências no levantamento fiscal. Constatou que o autuante, em sua informação fiscal de fls. 230 a 244, reduziu o valor do débito originalmente apurado para R\$109.257,68, mantendo integralmente os valores apurados nas infrações 01 e 02; zerando o débito relativo à infração 05 e reduzindo o imposto exigido nas infrações 03, 04, 06 e 07. O diligente faz uma síntese das alegações do autuado acerca da informação fiscal e diz que, com base nos exames realizados na documentação original apresentada pelo defensor e dos elementos constantes dos autos, chegou às seguintes conclusões:

1 – Com a apresentação da NF 216106 (fl. 264), deve ser excluído o valor de R\$23,45 da infração 03, reduzindo o débito originalmente apurado, de R\$238,89 para R\$215,44.

2 – Em relação à Nota Fiscal de nº 19.864, entende que é insuficiente para a comprovação da efetiva devolução das mercadorias a cópia do *e-mail* apresentado pelo contribuinte, tendo em vista que não foi fornecido qualquer documento que comprove de forma inequívoca a mencionada devolução. Do mesmo modo, o autuado não comprovou o registro da entrada da Nota Fiscal 2286. Assim, o diligente informa que permanece inalterado o débito de R\$3.344,06 apurado pelo autuante na infração 07.

3 – Quanto ao item “refresco em pó” questionado pelo defensor, o diligente informa que as Notas Fiscais de números 609815 e 609821 (fls. 77/78); 509150 (fl. 89)533323 (fl. 90)245877 (fls. 93/94), tratam de mercadoria classificada com o NCM 2206.90.10, conforme está consignado nos mencionados documentos fiscais. Ao compulsar o item 3.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, constatou que se refere a mercadorias classificadas no código NCM 2202.90.00 (refrigerantes, refrescos e néctares), portanto, são mercadorias distintas do “refresco em pó”, objeto das notas fiscais constantes da autuação. Com base nesta constatação, o diligente excluiu os valores dos respectivos meses de ocorrência na

infração 06. Portanto, o total do item “refresco em pó” constante das citadas notas fiscais foi de R\$248,81 no exercício de 2003, tendo sido excluído R\$117,63 em janeiro, R\$85,54 em agosto e R\$46,64 em dezembro. Com estas exclusões, o débito apurado pelo autuante na informação fiscal na infração 06, passa de R\$8.783,83 para R\$8.534,07. Em seguida, o diligente elabora planilha (fl. 294) comparando o débito originalmente apurado, com a informação fiscal e o resultado da diligência fiscal. Salienta que as infrações 01 e 02 não sofreram alteração alguma e a infração 05 foi zerada em decorrência das comprovações apresentadas pelo autuado e acolhidas pelo autuante. Elabora demonstrativo de débito das infrações modificadas com as exclusões mencionadas anteriormente, relativamente às infrações 03, 04, 06 e 07. O diligente conclui informando que houve redução do débito apurado pelo autuante na informação fiscal, de R\$109.257,68 para R\$108.984,28.

O autuante fez constar à fl. 295 “o ciente”, em 30/07/2008, do PARECER ASTEC Nº 0111/2008, mas não apresentou qualquer pronunciamento em relação ao referido parecer.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 0111/2008, o defendant se manifestou às fls. 299/302, aduzindo que as notas fiscais originais referidas na intimação que resultou no mencionado parecer encontram-se em poder do Auditor Fiscal Franklin Reis, como atesta o protocolo constante do PAF. Quanto às informações do diligente, o defendant diz que em relação à NF 19.864 fez prova através do e-mail enviado à empresa fornecedora acerca da entrega equivocada dos produtos constantes do referido documento fiscal, portanto, não houve aquisição das mercadorias, e corroborando o seu posicionamento, o autuado acrescenta que não se apropriou do crédito fiscal referente a estas mercadorias, cabendo verificar nos registros fiscais e contábeis do autuado acerca da utilização destes créditos fiscais, e a resposta será negativa. Entende que na absurda hipótese de manutenção deste item da autuação, requer desde já, o reconhecimento do crédito do ICMS, face ao valor do tributo que se verá compelido a pagar.

Quanto à Nota Fiscal de nº 2286, esclarece que o imposto em relação a este documento fiscal já foi espontaneamente pago em sede do procedimento fiscal anterior a este, e já se encontra anexado a este PAF o respectivo DAE. Por fim, o autuado pede que não seja incluído o seu nome e de seus associados no cadastro de devedores ou quaisquer outros restritivos de direitos; fornecimento de certidão positiva com efeitos de negativa enquanto perdurar o contencioso administrativo; julgamento pela inaplicabilidade da multa da infração 01 ou sua redução, pelos fundamentos já expostos; reconhecimento do crédito fiscal relativo à documentação trazida na impugnação, julgando a improcedência dos respectivos valores apurados no Auto de Infração; manutenção das exclusões do crédito, conforme conclusões do autuante na informação fiscal, salientando que toda a sua escrita fiscal e contábil encontra-se à disposição deste Conselho para quaisquer esclarecimentos julgados necessários.

VOTO

A primeira infração trata da exigência de multa, por falta de entrega dos arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigido multa de 1% sobre as operações de saídas mensais, totalizando R\$95.308,28, referente aos exercícios de 2003 e 2004.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

Em sua impugnação, o autuado reconhece que não entregou os arquivos solicitados na intimação, mas entende que apesar de inexistir dúvida quanto ao ocorrido, deve ser aplicado o inciso II do art. 112 do CTN, e deve ser concedido o prazo de sessenta dias para a correção dos arquivos magnéticos.

Observo que a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, quando o contribuinte é intimado, está prevista no art. 708-B do RICMS/97:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação.

Encontra-se à fl. 137 dos autos a intimação solicitando a entrega do arquivo magnético relativo ao período de 01/01/2003 a 31/12/2004, indicando que foi apresentado o mencionado arquivo faltando os Registros 60M, 60A, 74 e 75, tendo sido concedido o prazo de cinco dias para apresentação de novos arquivos retificados.

O RICMS/97 estabelece que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deve ser fornecida ao contribuinte, Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades, e o mesmo tem o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme os §§ 3º e 5º do art. 708-B, abaixo reproduzidos.

Art. 708-B

...

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

Portanto, não foi observado o requisito estabelecido na legislação em relação ao prazo de trinta dias para a correção das inconsistências, e essa falha macula de nulidade a exigência fiscal, haja vista que prazo indicado na mencionada intimação conduz ao cerceamento do direito de defesa, fato que foi mencionado nas alegações defensivas, tendo o deficiente solicitado o prazo de sessenta dias para a necessária correção dos arquivos solicitados. Neste caso, o prazo é de trinta dias e não sessenta, como entendeu o deficiente.

Assim, concluo pela nulidade do presente lançamento, por inobservância do devido processo legal na condução da ação fiscal, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Infração nula.

Infração 02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.

Embora o autuado tenha contestado a exigência fiscal, foi efetuada revisão pelo autuante e não foram alterados os valores originalmente apurados, conforme demonstrativos de fls. 231/232, sendo confirmados na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC. Portanto, a infração está devidamente caracterizada, sendo devido o imposto apurado. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A legislação prevê que o direito ao uso do crédito fiscal relativo às mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que essas mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (art. 91 do RICMS/97).

O autuante refez os cálculos e elaborou o demonstrativo de fls. 231/232, mas o defendente contestou a nova apuração, dizendo que juntou ao presente processo cópia da NF 216106, não considerada pelo autuante. Na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foi informado que, com a apresentação da NF 216106 (fl. 264), deve ser excluído o valor de R\$23,45 desta infração, reduzindo o débito originalmente apurado para R\$215,44. Acolho as conclusões do diligente e voto pela procedência parcial desta infração, conforme o demonstrativo elaborado à fl. 294 do PAF.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, conforme planilhas de fls. 39 e 41.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Em sua impugnação, o autuado concordou com o valor exigido de R\$1.046,00 e alegou que o imposto no valor de R\$43,72, relativo à NF 47650, emitida em 14/01/2003, foi debitado no livro RAICMS no mês correspondente, de acordo com a fotocópia às fls. 181/182 dos autos, o que foi acatado pelo autuante e confirmado na diligência fiscal. Mantida parcialmente a exigência fiscal no valor de R\$1.046,00, acatando-se a comprovação apresentada pelo defensor.

Infração 05: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor do débito: R\$7.092,29.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 352-A do RICMS/97:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O autuado alegou que não concorda com a cobrança da antecipação parcial, pelos seguintes motivos: a) Notas Fiscais que se referem a mercadorias da cesta básica (sal e feijão); b) Notas Fiscais com pagamento da antecipação parcial efetuado; c) Notas Fiscais relativas a leite em pó.

Tendo em vista que foi apresentada comprovação do pagamento da antecipação parcial referente a diversas notas fiscais incluída no levantamento fiscal; que as mercadorias da cesta básica não sofrerão o pagamento da antecipação parcial, porque possuem alíquota interna de 7%; que em

relação ao leite em pó é reduzida a base de cálculo em 58,825% de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (art. 87, inciso XXI do RICMS/97), o autuante concluiu por zerar a exigência fiscal neste item do Auto de Infração, o que foi confirmado na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC. Portanto, acatando a informação do autuante, concluo pela insubsistência desta infração.

Infração 06: Deixou de efetuar o recolhimento 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.

O autuado contestou a exigência do imposto, alegando: a) que não concorda com a exigência da substituição tributária em relação às aquisições de refresco em pó; b) não concorda em relação a diversas notas fiscais que indicou na fl. 159, porque foi efetuado o recolhimento do imposto, conforme DAEs que acostou aos autos; c) discorda os percentuais de MVA aplicados pelo autuante em relação a refrigerante, água mineral e massas.

Observo que o autuante elaborou novo demonstrativo de fls. 234 a 239 do PAF, esclarecendo na informação fiscal, que em manteve a cobrança do imposto em relação ao item refresco em pó, por entender que a mencionada mercadoria está inserida no anexo 88 do RICMS/BA. Quanto a cerveja, refrigerante e água mineral, esclareceu que foi utilizada a pauta fiscal, sendo esta a divergência apresentada com a alegação defensiva. Quanto às NFs 67601 e 137079 relativas à massas, o autuante retificou os cálculos.

Considerando que o defendente continuou discordando da cobrança da substituição tributária referente ao produto refresco em pó, este item foi objeto de diligência fiscal por preposto da ASTEC, que apresentou os seguintes esclarecimentos:

- a) as Notas Fiscais de números 609815 e 609821 (fls. 77/78); 509150 (fl. 89)533323 (fl. 90)245877 (fls. 93/94), tratam de mercadoria classificada com o NCM 2206.90.10, conforme está consignado nos mencionados documentos fiscais;
- b) o item 3.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, se refere a mercadorias classificadas no código NCM 2202.90.00 (refrigerantes, refrescos e néctares), portanto, são mercadorias distintas do “refresco em pó”, objeto das notas fiscais constantes da autuação;
- c) com base nesta constatação, o diligente excluiu os valores dos respectivos meses de ocorrência na infração 06, e com estas exclusões, o débito apurado pelo autuante na informação fiscal quanto a esta infração, passa de R\$8.783,83 para R\$8.534,07 (planilha de fl. 294).

Acato as conclusões apresentadas pelo diligente, salientando que o autuante e o defendente tomaram conhecimento das exclusões realizadas na diligência fiscal e não houve qualquer contestação pelas partes. Mantida parcialmente a exigência fiscal no valor apurado à fl. 294, no valor total de R\$8.534,07.

Infração 07: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), e de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Em sua defesa, o autuado concorda parcialmente com a exigência fiscal, alegando que houve devoluções de mercadorias não consideradas pelo autuante e algumas notas fiscais foram lançadas em seu livro Registro de Entradas, conforme indicou à fl. 160.

Analisando os documentos fiscais apresentados pelo defendant, o autuante concluiu que ficou parcialmente comprovada a alegação defensiva, e elaborou os demonstrativos de fls. 240 a 242 dos autos. Entretanto, o defendant ainda não concordou, alegando que em relação à NF 19864, emitida em 27/03/2004, pelo fornecedor Chocolate Garoto S/A (fl. 120), a mercadoria foi devolvida no próprio documento fiscal do emitente, tendo sido apresentado pelo defendant, cópia de um *e-mail* à fl. 216 dos autos, falando sobre a mencionada devolução.

Concordo com a informação do preposto da ASTEC, de que é insuficiente para a comprovação da efetiva devolução das mercadorias por meio de cópia do *e-mail* apresentado pelo contribuinte, e que não foi apresentado qualquer documento fiscal que comprovasse de forma inequívoca a mencionada devolução. Do mesmo modo, o autuado não comprovou o registro da entrada da Nota Fiscal 2286. Assim, acato a informação do diligente de que permanece inalterado o débito de R\$3.344,09 apurado pelo autuante nas planilhas de fls. 240 a 242, e demonstrativo elaborado pelo diligente à fl. 294.

Em relação ao argumento do autuado de que na hipótese de manutenção deste item da autuação, requer o reconhecimento do crédito do ICMS, tal pedido poderá ser encaminhado à Inspetoria Fiscal do contribuinte, após o pagamento do imposto exigido na autuação fiscal.

Quanto à alegação do defendant, em sua última manifestação, de que as notas fiscais originais referidas na intimação que resultou no PARECER ASTEC encontram-se em poder do Auditor Fiscal Franklin Reis, como atesta o protocolo constante do PAF, observo que não houve qualquer prejuízo para o impugnante, tendo em vista que a comprovação não acatada após a diligência efetuada por preposto da ASTEC, já se encontrava nos autos antes da realização da diligência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$108.984,28, conforme demonstrativo de débito elaborado na diligência fiscal à fl. 294 do presente processo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232856.0013/07-8, lavrado contra **IRMÃOS VAZ & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.675,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.331,87, e de 70% sobre R\$3.344,09 previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f” e VII, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 24 de setembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA