

PROCESSO - A. I. Nº 279266.0601/08-4
RECORRENTE - DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA. (CONAR DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0187-03/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 12/05/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0093-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o total das operações de saídas. Autuado enviou arquivos magnéticos fora das especificações legais, e não atendeu à subsequente intimação para apresentação dos arquivos retificados, sujeitando-se à exigência da multa no prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96. Infração comprovada. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXERCÍCIO FECHADO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada, mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. **3.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇADO CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação só admite a utilização do crédito pelo valor corretamente calculado. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infrações caracterizadas. **4.** BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE ATACADISTA. SAÍDAS INTERNAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA E A PESSOAS NÃO INSCRITAS. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimento atacadista, beneficiário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, destinadas às pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. Comprovado que as operações foram efetuadas para contribuintes com inscrição estadual cancelada e para pessoas não inscritas. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF, que, através do Acórdão JF Nº 0187-03/10, julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008 no valor de R\$979.479,24, inconformismo dirigido a todas as infrações a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1. Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações, ou prestações, realizadas nos exercícios de 2005 e 2006, correspondente a 1% sobre o valor das operações de saídas do contribuinte em cada período de apuração. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não atendeu à Intimação de 16/05/2008, conforme Relatório dos Arquivos Recepcionados do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, emitido em 17/06/2008.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2004. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 166 a 292. ICMS no valor de R\$94.481,14, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à Nota Fiscal nº 4.359, de 17/09/2004, emitida pelo CNPJ 46303855000192, de São Paulo, conforme declarado no arquivo magnético do Convênio ICMS nº 57/95, enviado pelo contribuinte à SEFAZ/BA, conforme demonstrativo no Anexo A.

INFRAÇÃO 4. Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que o sujeito passivo realizou vendas a contribuintes sem direito à utilização do benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, “conforme os Anexos 1 D e 1 E deste PAF, discriminados em CD-Rom entregue ao contribuinte, que o abriu e leu nesta data.” Exercício de 2004. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 140 a 165, e fl. 343. ICMS no valor de R\$54.765,20, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à utilização de créditos fiscais referente às compras declaradas pelo contribuinte em seus arquivos magnéticos do Convênio ICMS nº 57/95, discriminadas no Anexo 1B. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 18 a 50. ICMS no valor de R\$23.470,84, acrescido da multa de 60%.

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, observaram que ficou evidenciado, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive quando da reabertura de seu prazo para apresentação da mesma, por determinação desta 3ª JF.

Esclareceu que, em relação à capitulação legal da multa imposta na infração 1, foi indicada equivocadamente a alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, entretanto, por força da alteração introduzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07, a multa aplicada está prevista na alínea “j” do mesmo inciso XIII-A do mencionado artigo 42.

Ressaltou que este equívoco não implica em nulidade do procedimento fiscal, nos termos do artigo 19 do RPAF/99.

No mérito, em relação à infração 1, a JF, em Decisão não unânime, não acolheu as arguições da defesa por entender que restou comprovado, na presente ação fiscal, que o contribuinte foi intimado a corrigir as inconsistências elencadas às fls. 52 a 69 dos autos e, após tal intimação, conforme admitido pelo próprio sujeito passivo, o mesmo não entregou ao preposto fiscal, nem enviou para a SEFAZ, no prazo regularmente concedido pelo Fisco, os arquivos magnéticos devidamente corrigidos.

Assim, entendeu que ficou caracterizado, nos autos, o cometimento da infração, tendo em vista que o contribuinte enviou arquivos eletrônicos em desconformidade com a previsão do artigo 708-A do RICMS/BA, ou seja, sem os dados corretos exigidos na legislação, também não atendeu à intimação, subsequente ao envio dos arquivos irregulares, para apresentação dos mesmos.

Ressaltou ainda que o descumprimento desta obrigação acessória, ocorreu em 19/06/2008, quando já vigente a redação atual do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96. Neste caso, a multa passou a estar prevista na alínea “j” do mesmo inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que não prevê a existência de mais de uma intimação para a aplicação da multa de 1%.

No que tange à infração 2, a JJF entendeu que o sujeito passivo, apesar de ter recebido todos os demonstrativos do levantamento de estoque realizado, não apontou, de forma objetiva, qualquer irregularidade ou equívoco, no procedimento fiscal. Também não comprovou sua assertiva genérica de que todas as mercadorias em operação de saída teriam sido por ele, autuado, devidamente contabilizadas e escrituradas, nem trouxe aos autos novos demonstrativos ou documentos fiscais, que comprovassem equívocos no lançamento de ofício.

Assim, julgou procedente esta infração.

Em relação à infração 3, a JJF entendeu que o contribuinte não apontou nem comprovou erros numéricos no levantamento realizado. Assim, considerou correta a diferença do ICMS apurada pelo fisco, referente ao uso de crédito.

Quanto à infração 4, a Junta de Julgamento esclareceu que o Fisco imputa ao autuado a utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, conforme Decreto nº 7799/00, relativo às saídas de mercadorias para contribuintes do ICMS em situação irregular, ou seja, com inscrição estadual cancelada, e a pessoas não inscritas na condição de contribuintes.

Entenderam os Julgadores de 1ª Instância que a empresa não comprovou que as vendas apontadas pelo fisco no demonstrativo de fls.140 a 165 eram destinadas a contribuintes regularmente inscritos nesta SEFAZ, condição necessária para fazer jus ao benefício fiscal de redução da base de cálculo, prevista no Decreto nº 7799/00. Assim, manteve integralmente a imputação fiscal relativa a este item.

Por fim, quanto à quinta infração, aduziu a JJF que o demonstrativo do levantamento fiscal discrimina mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, conforme previsto no artigo 356 do RICMS/BA, é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Assim, manteve a exigência fiscal.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls.436 a 437, o recorrente, em relação à infração 1, diz que atendeu às determinações solicitadas pela SEFAZ, muito antes da intimação enviada pelo fisco em 15/05/2008. Por isso, entende que *“não persistiria qualquer razão para que o recorrente atendesse à intimação referida, se seu conteúdo solicitava ato já praticado pela mesma”*.

No que concerne à infração 2, o recorrente argumenta que as inconsistências apuradas pelo fisco decorrem, em alguns casos, da não consideração, pelo fisco, de quantitativos indicados nas Notas Fiscais de saídas e de entradas e pela apropriação errônea de itens em função da codificação numérica, o que causou uma suposta omissão de saída em uns itens e, em outros, uma suposta omissão de entrada, levando o fiscal autuante a entender ter configurado tanto omissão de saídas quanto a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, optando pela omissão de maior expressão monetária.

Afirma que toda saída de mercadoria foi devidamente contabilizada e escriturada, ensejando, portanto, a improcedência da infração.

Em relação às infrações 3 e 5, afirma ter havido apenas um erro de cálculo aritmético e que o crédito fiscal utilizado está em perfeita consonância com o RICMS e o Convênio ICMS 57/95.

Quanto à infração 4, disse que o benefício da redução da Base de Cálculo utilizada está de acordo com o Decreto nº 7.799/200, não havendo nenhuma diferença a ICMS a ser recolhida aos cofres estaduais.

A PGE/PROFIS, à fl. 449/451 do PAF, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, opina pelo Não Provedimento, diante das seguintes considerações:

Em relação à infração 1, observa que o autuado foi intimado para correção dos arquivos em 16/05/2008, entretanto, o recorrente apesar de alegar que entregou ao Fisco os arquivos magnéticos solicitados, não apresentou provas, já que a intimação solicita correção dos arquivos magnéticos, no prazo fixado, conforme Relatório dos Arquivos Recepcionados do sistema de Controle de Arquivos Magnéticos, devendo a infração ser mantida.

No que concerne à infração 2, entende a PGE/PROFIS que o levantamento quantitativo está consubstanciado em papéis de trabalho que não foram objetivamente contestados e o recorrente não trouxe prova da sua alegação de utilização equivocada dos códigos de mercadorias. Quanto à alegação de ilegalidade na escolha pela omissão de maior expressão monetária, esclareceu a Sra. Procuradora que o levantamento quantitativo apurou tanto omissão de entrada quanto omissão de saído, tendo-se exigido o valor de maior expressão monetária, e não o somatório das duas.

No que diz respeito à infração 3, também não é contestada de forma objetiva, limitando-se o recorrente, a afirmar que, matematicamente, revela-se o acerto na utilização do crédito fiscal.

Quanto à infração 4, o recorrente não comprovou que as mercadorias constantes nos documentos fiscais indicados pelo autuante, foram adquiridas por contribuintes do ICMS, o que lhe garantiria a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, portanto correta esta infração.

Finalmente, em relação à infração 5, esclarece a Sra. procuradora que não procede o argumento do recorrente de que o Convênio ICMS 57/95 alberga a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, pois todo o ordenamento do ICMS é claro ao afirmar que a entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária não gera crédito fiscal, por estar a mercadoria com fase de tributação encerrada.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF Nº 0187-03/10, prolatado pela 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

A infração 1 exige multa, no valor de R\$806.067,08, por ter o contribuinte deixado de fornecer arquivos magnéticos, mediante intimação, conforme Relatório dos Arquivos Recepcionados do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos-SCAM, emitido em 17/06/2008.

Conforme bem salientado na Decisão recorrida, o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos corrigidos, tendo em vista as constatações de omissões e divergências, indicadas no Relatório Diagnóstico de Inconsistência de Arquivo Magnético nºs 102, 112 e 114, referentes ao exercício de 2005 e nºs 102, 108, 110 e 112, bem como, ao exercício de 2006, conforme documentos acostados ao presente processo às folhas 51 a 69.

Observo que a fiscalização obedeceu a todos os procedimentos determinados na norma regulamentar. Ao analisar os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, constatou-se diversas inconsistências: divergências entre valores informados no Registro 50 e Registro 54, notas fiscais de saídas ausentes no registro tipo 50, notas fiscais sem itens no Registro tipo 54, notas fiscais com valor “zero” no Registro 50.

O contribuinte foi intimado em 16/05/2008 e entregue a Listagem Diagnóstico, para, em um prazo de trinta dias regularizar as falhas apontadas, contudo não o fez, fato inclusive reconhecido pelo recorrente, ao afirmar que: *“não persistiria qualquer razão para que o recorrente atendesse a*

intimação referida, se seu conteúdo solicitava ato já praticado pela mesma". Sendo assim, restou caracterizada a falta de apresentação de arquivos magnéticos, devidamente corrigidos, sendo corretamente aplicada à multa prevista, à época dos fatos geradores, no art. 42, XIII-A, "j" da Lei nº 7.014/96.

Assim, considero insuficientes as razões recursais para a reforma da Decisão recorrida quanto a este item.

No tocante à infração 2 do lançamento de ofício, relativa à falta de recolhimento do ICMS referente a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, o recorrente não questionou objetivamente os valores apurados pela fiscalização, tendo apenas alegado apropriação equivocada dos códigos de mercadorias, sem contudo apresentar prova documental capaz de sustentar a sua argumentação.

Observo ainda, que o cálculo do imposto está de acordo com o estabelecido na Portaria nº 445/98, que regulamenta os procedimentos referentes aos levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, pois o imposto foi exigido sobre o valor de maior expressão monetária, no caso, a omissão de saídas, conforme disposto no art. os artigos 12 e 13, da mencionada Portaria, pois se trata de mercadorias tributadas normalmente.

Inerente à terceira infração, a qual exige a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, o recorrente apenas nega o cometimento da infração, sob o argumento de que se trata de mero cálculo aritmético, não apontando nem indicando o suposto erro numérico.

Quanto à quarta infração, a qual exige o recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo referente à realização de vendas a contribuintes sem direito à utilização do benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, o recorrente não comprovou que as vendas relacionadas pelo autuante às fls. 140 a 165, eram destinadas a contribuintes regularmente inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, condição necessária para concessão do benefício previsto no art. 1º do Decreto 7.799/00 a seguir transcrito:

Decreto nº 7.799/00:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento(...)

Assim, a argumentação não deve prosperar, pois, não foram trazidas provas capazes de comprovar as alegações do recorrente, no termo do art. 123 do RPAF/BA.

Finalmente, em relação à quinta infração que exige a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, não procede a argumentação do recorrente de que o crédito fiscal utilizado está em conformidade com o Convênio ICMS 57/95, pois, conforme bem salientou a ilustre representante da PGE/PROFIS, todo o ordenamento do ICMS, especialmente o art. 356 do RICMS/Ba, a seguir transcrito, é claro em afirmar que a entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária não gera crédito fiscal, por estar com a fase de tributação encerrada.

RICMS/BA:

Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito

relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo, em todos os termos, a Decisão recorrida.

REOSLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279266.0601/08-4**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA. (CONAR DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.412,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$78.931,02 e 70% sobre R\$94.481,14 previstas, respectivamente, nos incisos II, alínea “a”, VII, alínea “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$806.067,08**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j”, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, considerando como data de ocorrência da infração 1 aquela do seu efetivo cometimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS