

A. I. Nº - 206969.0004/10-7
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET 27.07.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0197-05/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Não acolhida a arguição de nulidade. Acusação fiscal não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. No período autuado não havia previsão para a multa aplicada. Infração improcedente. 4. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE PRODUTOR RURAL NÃO INSCRITO. FALTA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Aquisição de produtos junto a pecuaristas não inscritos impõe a antecipação do imposto de forma solidária. O autuado admitiu que não fez a retenção, mas pagou na saída. Infração não elidida. 4. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. Não foram observados os procedimentos de intimação para a correção de inconsistências dos arquivos magnéticos, inclusive com a não entrega da Listagem Diagnóstico. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2010, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$1.208.633,67, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is). Apuramos crédito indevido correspondente a antecipação parcial - utilizado a maior que o recolhido ou não recolhido - e crédito utilizado a maior que o destacado nas notas fiscais de entradas. Como o contribuinte apresentava saldo credor do ICMS na apuração da conta corrente no livro RAICMS, essa fiscalização elaborou nova conta corrente fiscal incluindo e/ou excluindo valor de ICMS apurando, ao fim, crédito indevido de ICMS nos meses de julho e outubro de 2005, conforme demonstrativos Anexo I, Anexo I-a e

Anexo I-b (aplicada no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96). - Valor histórico: R\$8.207,66; percentual de multa aplicada: 60%;

2. 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/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativo Anexo II (aplicada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96). - Valor histórico: R\$1.043,66; percentual de multa aplicada: 60%.
3. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Conforme demonstrativo Anexo III (aplicada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96). - Multa: R\$8.583,12; percentual de multa aplicada: 60%.
4. Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário. Contribuinte emitiu as notas fiscais, destacou o ICMS e utilizou o crédito em seus livros fiscais, mas não efetuou o recolhimento do imposto de sua responsabilidade, na forma do art. 39 e 128 do RICMS/BA. Conforme demonstrativo Anexo IV (aplicada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). - Valor histórico: R\$8.936,61; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Contribuinte era usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para emissão de documentos fiscal e/ou para escrituração de livros fiscais (SEPD), de acordo com disposições do Convênio ICMS 57/95 e os artigos 683, § 3º, 686 e 708-A do RICMS/BA, está obrigado a informar em meio magnético, as operações realizadas por totais e por itens de mercadorias. Como os arquivos entregues mensalmente só continham dados totalizadores das operações o contribuinte foi intimado em 08/10/2010 (na forma do art., 708-B do RICMS/BA) a apresentá-los e, apesar do prazo concedido, entregou os mesmos arquivos à SEFAZ (apenas com dados totalizadores: Registros 50, 60A e 60M, NÃO INFORMADOS dados por itens: Registros 54, 60R, 75 e 74), configurando-se não fornecimento dos arquivos, na forma prevista no § 6º do art. 708-B do RICMS/BA. Diante do não atendimento da intimação, ato que compromete o resultado da auditoria, pois impossibilita a realização de roteiros fiscais essenciais à homologação de lançamentos, é aplicada a penalidade prevista na alínea j da Lei nº 7.014/96. Penalidade de 1% sobre as saídas, porque superiores às entradas, referentes ao período de jan/2005 a dez/2005 (valores escriturados nos livros fiscais), conforme demonstrativo Anexo V. Esclarecemos que o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos referentes ao período de jan/2005 a dez/2008, mas como parte da documentação estava em poder da Receita Federal (ação fiscal), só fiscalizamos o exercício de 2005. Motivo pelo qual aplicamos a penalidade correspondente ao não fornecimento dos arquivos do exercício de 2005, nesta ação fiscal (aplicada no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07). - Multa: R\$1.181.862,62; percentual de multa aplicada: 1%.

O autuado em sua defesa, fls. 566 a 569, arguiu a preliminar de nulidade nos termos dos incisos II e IV, “a”, do art. 18 c/c os arts. 20, 39, incisos III e V, alíneas “a”, “b” e “c”, e demais dispositivos do regulamento referido, por vícios insanáveis, falta de clareza e precisão no tocante aos fatos, fundamentos e enquadramento dos dispositivos legais com relação às informações constantes das planilhas (Anexos II e III) relativo à coluna 7 (A=1; 1=2), por não saber do que se trata, haja vista que a autuante não mencionou a que se refere esses números (1 e 2), e que interferem no resultado dos cálculos de imposto supostamente devido, como citado pela autuante no Anexo I (Demonstrativo...após apuração...utilização do crédito da antecipação parcial”). Em consequência, ocorreu o cerceamento do direito de defesa, fato este incontestável, porque não pode se defender daquilo que desconhece.

Quanto ao mérito contestou às infrações 1 e 2, em vista que as planilhas relativas aos Anexos I e II foram, anteriormente, objeto de pedido de nulidade (por vícios insanáveis) e estão diretamente relacionadas àquelas, não servem de base para o cálculo de imposto supostamente devido, qualquer que seja.

Quanto à infração 3, diz que segundo à legislação pertinente (Lei nº 7.014/96) não existe multa percentual alguma, dando a entender que a autuante, atribuiu uma penalidade fixa, totalmente inexistente, assim, deve ser declarada como insubstancial esta infração.

Na Infração 4, coloca em cheque a descrição dos fatos narrados, quando deixou em dúvida se adquiriu mercadoria de produtor rural ou extrator.

Alega ser fundamental a precisão sobre este fato, senão será nula a infração pela falta de clareza dos fatos alegados pela fiscalização, ante os quais não poderá especificar o seu enquadramento legal e a aplicação da penalidade se devida, e novamente requer pela improcedência da mesma.

Em relação à quinta infração, disse que poderá ser verificado dos arquivos da Secretaria da Fazenda-SEFAZ, que o autuado apresentou os arquivos magnéticos exigidos em lei. Contudo, a autuante alegou que os dados estavam incompletos e concedeu prazo para sua apresentação, o que fora devidamente observado e cumprido, nos termos da legislação pertinente, conforme documentação que junta. Assim, não procede a infração que ora se impugna, porquanto que, a solicitação da autuante foi devidamente cumprida.

Acrescentou, que caso os ilustres julgadores não entendam, requer a aplicação do dispositivo, art. 158 do RPAF/BA, (cancelamento da penalidade, multa aplicada), por entender que não consta do processo, nem informado pela autuante, a existência de dolo, fraude ou simulação, bem como a "...FALTA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO", em decorrência, de equívoco se existente da apresentação, supostamente incompleta (como quer crer a autuante) dos arquivos magnéticos.

Requer, novamente, que a JJF declare Nulo o Auto de Infração por não constar a informação que deu sustentação à autuação, indispensável à garantia de ampla defesa, como prevê o art. 2º do citado dispositivo legal, sem a qual, não poderá comprovar e demonstrar a verdade dos fatos e de suas alegações, com real preterição do direito de defesa.

Procede à indagação: "*Qual o valor a ser atribuído como verdadeiro, se lhe faltam elementos indispensáveis à sua caracterização?*" e, diz que o vício, dentre outros, está mais do que comprovado, devendo o Conselho de Fazenda, probo e íntegro declarar a sua nulidade.

Pede a Improcedência do Auto de Infração, por entender que o autuado não cometeu quaisquer das infrações, sendo desprovido de fundamentação legal e que não existem as provas necessárias e indispensáveis para sua sustentação, nos termos regulamentares, em especial os previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/Ba.

Diz que, no caso de não ser atendido o pedido acima, para evitar prejuízo ao autuado e a Fazenda Estadual e após a informação da autuante sobre a impugnação (nímeros 1 e 2 do demonstrativo, planilhas II e III), que lhe seja reaberto o prazo para apresentação de defesa, por 30 dias (art. 123), nos termos do § 1º, do art. 18 c/c art. 137 e seu parágrafo, art. 138 e parágrafos, todos do RPAF/99-BA, com objetivo de formar o convencimento do julgador na questão da apreciação das provas (não juntadas ao processo).

A autuante em sua informação fiscal, fls. 585 a 598, de inicio, entendeu que a arguição de nulidade pelo autuado é totalmente descabida nos termos do inciso II e IV, "a", do art. 18, c/c arts. 20, 39, incisos III e V, alíneas "a", "b" e "c", e demais dispositivos do regulamento referido.

Informou que as infrações estão devidamente enquadradas na legislação, estão descritas de forma clara e precisa, as penalidades estão corretamente aplicadas nos termos da legislação pertinente e todas as infrações estão demonstradas e comprovadas no processo. Logo, não há falar-se em nulidade do processo, do Auto de Infração ou de qualquer uma das infrações contidas na lide.

Quanto às alegações apontadas na defesa (Anexo II e Anexo III) relativas à coluna 7 (A=1, I=2), não interferiu em nada no entendimento dos demonstrativos, são códigos utilizados pela fiscalização para vincular informações da MVA que estão informadas na planilha: “*com data de entrada, o número da nota fiscal, a unidade da Federação de origem, o valor das mercadorias, a alíquota interna, a MVA, a BC apurada, o ICMS apurado, o ICMS de origem, o ICMS devido, o ICMS recolhido e o ICMS a recolher*”.

Disse, ainda, que os códigos utilizados são apenas para vincular dados, por exemplo: A = atacado, utilizando o nº 1, e I= indústria, quando é utilizado o nº 2, eles vão determinar a MVA a ser aplicada àquela operação - e a MVA está informada na planilha. Todos os dados necessários ao entendimento dos cálculos estão informados claramente nas planilhas. Assim, a utilização dos códigos não interferem nem prejudicam, em nada, o entendimento da infração, já que todos os dados estão impressos nas planilhas, da mesma forma que não interferem o formato das letras, ou a cor utilizada na impressão.

Ressaltou que a defesa é meramente protelatória, pois não encontrou fatos que pudesse alegar para contestar as infrações descritas, demonstradas e comprovadas no Auto de Infração e decidiu pedir a nulidade do mesmo com essas alegações, desprovidas de qualquer suporte fático e/ou legal, de cerceamento o direito de defesa pelo uso de códigos 1 e 2 (planilhas Anexos II e III).

Acrescentou que a autuação não é passível de nulidade, não há cerceamento do direito de defesa, os fatos estão descritos de forma clara e precisa, as infrações estão corretamente enquadradas, sendo aplicadas as penalidades previstas na legislação, devidamente informadas no Auto de Infração, sendo entregue ao contribuinte cópia de todos os demonstrativos feitos pela fiscalização e anexados ao PAF, e a documentação do contribuinte foi devolvida na forma regulamentar.

Esclarece os demonstrativos:

- No **Anexo I** (fls. 07 a 09), “*Demonstrativo da conta corrente fiscal do ICMS após apuração dos pagamentos e utilização do crédito da antecipação parcial*”, contém os mesmos dados da apuração da conta corrente do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), o período, Discriminação, Registrado (no livro RAICMS do contribuinte), “excluir” com informação de código e valor – para informar a origem do(s) valor(es) excluído(s) e/ou incluído(s), Apurado e a última coluna o valor ICMS recolhido/a recolher.
- No **Anexo I-a**, “*Demonstrativo dos pagamentos de ICMS Antec. Parcial e utilização do crédito correspondente – Anexo ao demonstrativo da conta corrente fiscal*” – traz as informações de data de pagamento, período de referência, código da receita, valor do ICMS (pago), vl. Acrédito, valor total, valor do crédito utilizado e valor do crédito indevido.
- O **Anexo I-b** (fls. 11), “*Auditória do uso de crédito fiscal do ICMS – crédito indevido*” - traz as informações das notas fiscais conforme escriturado pelo contribuinte (CNPJ, inscrição estadual, data recebimento, mês, ano, Nota fiscal (nº), Modelo, UF, CFOP, alíquota, valor total, vl. Base de cálculo do ICMS, Val. ICMS, Val. de isentas/ n.tributadas e outras e, inclusive, a informação da folha do livro Registro de Entradas do contribuinte onde está escriturada cada nota fiscal; por fim, tem o valor do ICMS destacado na nota fiscal e o valor da diferença apurada – crédito indevido.

Deste modo apurou “*1- irregularidades no uso de crédito de ICMS correspondente a antecipação parcial – não recolhido ou a maior que o antecipado – conforme demonstrado no Anexo I-a, comprovado pela “Relação de DAEs – Ano 2005”, e cópia do livro RAICMS (fls. 10, 88/90 e 397/431); e 2- uso de crédito indevido de ICMS a maior que o destacado nas notas fiscais, conforme demonstrado no Anexo I-b, comprovado pelas cópias das notas fiscais ali relacionadas e amostra do livro Registro de Entradas (fls. 11, 12/18, 432, 479, 480, 502 e 517)*”.

Salientou que a conta corrente fiscal escriturada no livro RAICMS apresentava saldo credor no período de apuração, assim, fez nova conta corrente fiscal (Anexo I) considerando os valores

escriturados pelo contribuinte no livro RAICMS (Registrado), excluindo os valores utilizados indevidamente e incluindo os valores corretos, conforme apurado nos Anexos I-a e Anexo I-b, chegando-se ao valor de ICMS “Apurado” e, por fim, deduzindo-se o valor de ICMS recolhido pelo contribuinte em cada período.

Com tudo isso, os julgadores, irão ver que não há nenhum suporte fático ou legal para o pedido de nulidade feito pela defesa, nem há nenhuma retificação a ser feita na autuação.

– No **Anexo II** é “*Diferença apurada no cálculo do ICMS substituição tributária Anexos 88 e 89 – nas aquisições interestaduais*”, onde temos as informações: data de entradas, nº da nota fiscal, valor do ICMS recolhido, alíquota, valor das mercadorias, vlr. Total, descrição dos produtos, MVA, base de cálculo, ICMS apurado, ICMS destacado, ICMS devido e ICMS a recolher. Todas as informações necessárias à identificação das operações e apuração do valor do imposto estão ali. Além disso, os dados contidos na planilha estão comprovados pelas cópias das notas fiscais ali relacionadas (fls. 19 e 20/27). Os valores assim apurados e comprovados constituem a infração 2.

Assim sustenta que a infração 2, não tem nenhum vínculo com o anexo I, como alegado na inicial, sendo que a infração 1 se refere à utilização de crédito indevido (demonstrada nos Anexos I-a e Anexo I-b, consolidado no Anexo I), enquanto a infração 2 refere-se a falta de recolhimento de ICMS por antecipação relativo a substituição tributária de mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89 adquiridas em outras unidades da Federação, demonstrada no Anexo II.

Reitera que não há nenhuma retificação a ser feita, pois a infração está clara, precisa; o demonstrativo (anexo II) contém todos os dados necessários à identificação das operações e apuração do imposto, estando documentalmente comprovados no PAF, e a mantém integralmente.

Na infração 3, a descrição também é clara, dispensa outros comentários, pois o contribuinte adquiriu mercadorias para comercialização em outras unidades da Federação, deveria ter efetuado o pagamento ICMS por antecipação parcial e não o fez na época devida, na forma regulamentar, de acordo com dispositivos de enquadramento informados acima e no Auto de Infração.

Arguiu ainda que neste caso, cabe a aplicação da penalidade prevista no art. 42, inc II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, conforme informado nos autos, e sua redação não exige nenhum esforço para ser compreendida.

Aduz que como as mercadorias já foram objeto de saída tributada (considerando a atividade do contribuinte –supermercado – os estoques, o decurso do tempo), cabe a aplicação da penalidade de multa de 60% sobre o valor do ICMS antecipação parcial que deveria ter sido pago e não o foi, neste caso o valor da antecipação parcial não paga corresponde ao valor da base de cálculo da multa (fls. 28 a 33). Mantém a infração.

Quanto à infração 4, a defesa alega, mais uma vez, os mesmos argumentos em relação à descrição da infração, falta de clareza dos fatos. Transcreve a infração, rebate a impugnação e deixa claro que a descrição não deixa dúvidas quanto ao cometido pelo autuado e que os fatos estão claros e precisos, detalhados no demonstrativo Anexo IV – “*Auditif 206 – Auditoria da Responsabilidade solidária - aquisições junto a produtores rurais ou contribuintes não obrigados a inscrição no cadastro do ICMS da Bahia*”, onde temos os dados referentes ao CPF do remetente, inscrição estadual de isento, data do recebimento das mercadorias, nº da nota fiscal emitida, modelo, UF de origem das mercadorias, CFOP, alíquota, valores total, BC do ICMS, ICMS, Isenta/N.tributada e outras, e a informação da folha do livro Registro de Entradas onde cada nota fiscal está escriturada; temos também no PAF a cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo (amostra) – (fls. 34/35 e 371/396) .

Quanto à infração 05, o texto da descrição é bastante claro, esclarece detalhadamente os fatos que culminaram com a autuação, pela falta de apresentação dos arquivos solicitados pela autuante mediante intimação, na forma regulamentar.

Registra que o autuado apresentou os arquivos, em meio magnético, apenas com os dados totalizados das notas fiscais e ECF (Registro 50, 60A e 60M), sem os dados correspondentes a itens de mercadorias, no entanto o autuado sabe que é obrigado entregar os arquivos à SEFAZ, mensalmente, com os dados completos de todas as operações de entradas e saídas de mercadorias, com informações por itens de mercadorias.

Ressalta que intimou o contribuinte em 08/10/2010, (fls 38/40), a apresentar os arquivos na forma regulamentar, sendo concedido todo o prazo possível. Apesar dos inúmeros contatos mantidos por telefone com o mesmo (por seus prepostos), inclusive por e-mail (fls. 39/40) e do prazo – que se estendeu por mais de dois meses, o contribuinte não apresentou os arquivos, conforme comprovam a **“Relação de Arquivos Recepcionados”**, emitido pelo Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SCAM - da SEFAZ datados de 07/10/2010 e de 20/12/2010, respectivamente (fls. 54/63 e 64/75).

A contrario senso, os arquivos apresentados/entregues à SEFAZ contêm apenas os dados totalizadores das operações, sem as informações por itens de mercadorias, o que configurou o não fornecimento dos arquivos na forma regulamentar, conforme dispositivo informado no Auto de Infração – art. 708-B, § 6º, do RICMS/97.

As cópias de recibos do SINTEGRA juntadas pela defesa, comprovam **no carimbo de recepção dos arquivos que foram transmitidos para SEFAZ em 21/01/2011 entre 11:14:35 e 13:39:22 horas**. Disse que a intimação foi feita em 08/10/2010, prazo de 5 dias, prorrogados no curso da ação fiscal, mas não fora atendido pelo autuado até o encerramento da ação fiscal em 20/12/2010.

Conclui que, além de não ter apresentado os arquivos, no prazo regulamentar e no curso da ação fiscal (depois da intimação da autuante), basta fazer uma verificação superficial nas informações contidas nos recibos dos arquivos (fornecidos em 21/01/2011 – após encerramento da ação fiscal), **“Valores totais por Registro”** para ver que são dados irreais no recibo ao arquivo período de referência 01/01/2005 a 31/01/2005 (fls. 570), conforme abaixo:

“Registro 50:

Entrada: Vl. Contábil 13.736.909,52, Base de cálculo 3.359.671,11, ICMS 482.352,61

Saída: Vl. Contábil 11.079.801,09, Base de cálculo 1.917.273,68, ICMS 264.471,84;

Enquanto nas informações do Registro 54, que são os dados por itens de mercadorias apresentam valores totalmente distintos:

Registro 54:

Entrada: Vl. Contábil 7.792.425,17, Base de cálculo 0,00, ICMS 0,00;

Saída: Vl. Contábil 4.801.893,98, Base de cálculo 0,00, ICMS 0,00

Ora, o registro 50 corresponde aos valores totais da nota fiscal, enquanto o registro 54 corresponde aos valores por itens das mercadorias da notas fiscais. Esses valores devem ser iguais, pois a soma dos itens (registro 54) deve corresponder ao valor total da nota fiscal (registro 50). ”

O exemplo relatado corresponde ao recibo do mês de jan/2005 (fls. 570) e todos os demais - correspondentes ao período de fevereiro a dezembro de 2005, apresentaram as mesmas características: **“foram fornecidos após encerramento da ação fiscal (21/01/2011) e no resumo dos “Valores totais por Registro” contém informações totalmente divergentes entre os valores totais do documentos (registro 50), e os valores totais por itens de mercadorias (registro 54)”**.

Afirmou, outra vez, que o autuado não cumpriu com sua obrigação de fornecer os arquivos em meio magnético com todas as informações, na forma regulamentar e de acordo com Convênio ICMS 57/95, prejudicou a ação fiscal, pois a falta daquelas informações impediu que a fiscalização efetuasse roteiros indispensáveis à homologação de exercícios, tais como: **“auditoria da base de cálculo e das alíquotas aplicadas nas saídas para os diversos tipos de mercadorias, auditoria de estoques, entre outros, já que o contribuinte (supermercado) utilizava Notas fiscais e ECF para**

saídas das mercadorias”, sendo que esses dados, por mercadorias, só estariam disponíveis para a fiscalização nos arquivos em meio magnético, que deveriam ter sido fornecidos pelo contribuinte à SEFAZ.

Sustenta então que, não deve ser acatado o requerimento da defesa, de cancelamento da multa aplicada, porque não teria havido dolo, fraude ou simulação, bem como FALTA DE RECOLHIMENTO E TRIBUTO e, o não cumprimento da obrigação acessória de apresentação dos arquivos na forma da legislação impediu que esta autuante aplicasse os roteiros de fiscalização necessários à apuração das operações realizadas pelo contribuinte no período, sendo impossível para esta fiscalização, ou qualquer outra, afirmar se houve ou não falta de recolhimento de tributo por omissão de saídas, ou erro na determinação da base de cálculo, ou por erro na aplicação de alíquota do imposto, entre outras hipóteses. Também a falta do fornecimento dos arquivos cerceou a ação fiscal, pelo que mantem integralmente a infração apurada.

Entende ser descabida a pretensão de reabertura do prazo para defesa (mais trinta dias), não há nenhuma omissão ou retificação a ser feita no Auto de Infração nem em seus anexos, não havendo, portanto, suporte fático ou legal para o requerimento. Também não pode ser acatado o pedido de improcedência das infrações. Não foi apresentado na impugnação nenhum argumento ou prova que pudesse alterar os fatos descritos, todas as infrações estão corretamente descritas, enquadradas, demonstradas e provadas no PAF.

Finalizou mantendo todas as infrações e pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado foi cientificado quanto à informação fiscal mas não se manifestou (fl. 600).

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo contribuinte, sob o argumento de que o Auto de Infração e seus demonstrativos não estariam claros e precisos, com consequente cerceamento do direito de defesa, haja vista que os demonstrativos anexos e que fazem parte integrante do Auto de Infração, foram elaborados de forma clara, contem os dados fornecidos pelo próprio contribuinte, que se encontram nos livros e nos documentos fiscais.

Quanto à análise de cada um deles, será efetuada no momento da apreciação de cada infração, como segue.

Outrossim, observo que o Auto de Infração foi lavrado em obediência ao art. 39 do RPAF/99, e apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, em valor superior ao destacado no documento fiscal. O autuante apurou crédito indevido correspondente a antecipação parcial utilizado a maior que o recolhido, ou não recolhido, e crédito utilizado a maior do que o destacado nas notas fiscais de entradas.

Na ação fiscal foi elaborado o conta corrente fiscal, do que resultou o crédito indevido de ICMS nos meses de julho e de outubro de 2005, conforme demonstrativos Anexo I, I-a e Anexo I-b.

O sujeito passivo pede a nulidade da infração sob o argumento de as planilhas não são claras, nem precisas, o que teria gerado cerceamento do seu direito de defesa.

A autuante ao prestar a informação fiscal, esclareceu:

- No **Anexo I** (fls. 07 a 09) é o “*Demonstrativo da conta corrente fiscal do ICMS após apuração dos pagamentos e utilização do crédito da antecipação parcial*”, contém os mesmos dados da apuração da conta corrente do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), o período, Discriminação, Registrado (no livro RAICMS do contribuinte), “excluir” com informação de código e valor – para informar a origem do(s) valor(es) excluído(s) e/ou incluído(s), Apurado e a última coluna o valor ICMS recolhido/a recolher.

- No **Anexo I-a** é o “*Demonstrativo dos pagamentos de ICMS Antec. Parcial e utilização do crédito correspondente – Anexo ao demonstrativo da conta corrente fiscal*” – traz as informações de data de pagamento, período de referência, código da receita, valor do ICMS (pago), vlr. Acréscimo, valor total, valor do crédito utilizado e valor do crédito indevido.
- O **Anexo I-b** (fls. 11) é “*Auditoria do uso de crédito fiscal do ICMS – crédito indevido*” - traz as informações das notas fiscais conforme escriturado pelo contribuinte (CNPJ, inscrição estadual, data recebimento, mês, ano, Nota fiscal (nº), Modelo, UF, CFOP, alíquota, valor total, vlr. Base de cálculo do ICMS, Val. ICMS, Val. de isentas/ n.tributadas e outras e, inclusive, a informação da folha do livro Registro de Entradas do contribuinte onde está escriturada cada nota fiscal; por fim, tem o valor do ICMS destacado na nota fiscal e o valor da diferença apurada – crédito indevido.

Declarou que foi apurado em “*1- irregularidades no uso de crédito de ICMS correspondente a antecipação parcial – não recolhido ou a maior que o antecipado – conforme demonstrado no Anexo I-a, comprovado pela “Relação de DAEs – Ano 2005”, e cópia do livro RAICMS (fls. 10, 88/90 e 397/431); e 2- uso de crédito indevido de ICMS a maior que o destacado nas notas fiscais, conforme demonstrado no Anexo I-b, comprovado pelas cópias das notas fiscais ali relacionadas e amostra do livro Registro de Entradas (fls. 11, 12/18, 432, 479, 480, 502 e 517)*”.

Salientou que a conta corrente fiscal escriturada no livro RAICMS do contribuinte apresentou saldo credor no período de apuração, assim, fez nova conta corrente fiscal (Anexo I) considerando os valores escriturados pelo contribuinte no livro RAICMS (Registrado), excluindo os valores utilizados indevidamente e incluindo os valores corretos, conforme apurado nos Anexos I-a e Anexo I-b, chegando-se ao valor de ICMS “Apurado” e, por fim, deduzindo-se o valor de ICMS recolhido pelo contribuinte em cada período.

Afirmou ainda a autuante, que os demonstrativos estão claros, precisos, contém todas as informações necessárias para identificar as operações; além de estarem documentalmente comprovadas. Foram entregues ao contribuinte cópias de todos os levantamentos/demonstrativos e devolvida a documentação arrecadada pela fiscalização.

Em vista do exposto, entendo que não assiste razão ao contribuinte, quando clama pela nulidade da infração, pois os demonstrativos estão claros, explícitos e não cerceiam o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, o sujeito passivo não apontou qualquer número divergente dos discriminados nas planilhas acima relatadas, nem comprovou que não houve o creditamento indevido que lhe está sendo exigido. Deste modo, voto pela procedência da infração.

Quanto à infração 2, esta não possui nenhuma relação com a infração 1, pois exige ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

- O autuante esclarece e reafirma na informação fiscal que o **Anexo II contém todas as informações necessárias ao perfeito entendimento da infração**, “*Diferença apurada no cálculo do ICMS substituição tributária Anexos 88 e 89 – nas aquisições interestaduais*”, onde temos as informações: data de entradas, nº da nota fiscal, valor do ICMS recolhido, alíquota, valor das mercadorias, vlr. Total, descrição dos produtos, MVA, base de cálculo, ICMS apurado, ICMS destacado, ICMS devido e ICMS a recolher. Todas as informações necessárias à identificação das operações e apuração do valor do imposto estão ali. Além disso, os dados contidos na planilha estão comprovados pelas cópias das notas fiscais ali relacionadas (fls. 19 e 20/27). Os valores assim apurados e comprovados constituem a infração 2.

Reitero as informações prestadas pelo autuante, pois constato que o demonstrativo (anexo II) contém todos os dados necessários à identificação das operações e apuração do imposto, estando documentalmente comprovados no PAF.

Diante do exposto e tendo em vista que o sujeito passivo não adentrou no mérito da infração nem trouxe elementos comprobatórios de que o ICMS ora exigido teria sido pago antes da ação fiscal, fica mantida a infração em sua totalidade.

A infração 3 impõe multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente regostradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A infração refere-se ao exercício de 2005, e a multa percentual de 60% encontra-se prevista no art. 42, II, “d”, combinado § 1º da Lei nº 7.014/96, mas a inclusão do ICMS não recolhido por antecipação parcial, foi alterada no dispositivo pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, logo não havia previsão de multa no exercício autuado, de 2005. Infração improcedente.

A infração 04 corresponde à falta de recolhimento do ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural, não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de sujeito passivo solidário, conforme demonstrado no Anexo IV.

A defesa alega mais uma vez que houve falta de clareza dos fatos, no entanto, verifico que os fatos estão claros e precisos, demonstrados detalhadamente no demonstrativo Anexo IV – “*Auditif 206 – Auditoria da Responsabilidade solidária - aquisições junto a produtores rurais ou contribuintes não obrigados à inscrição no cadastro do ICMS da Bahia*”, onde temos os dados referentes ao CPF do remetente, inscrição estadual de isento, data do recebimento das mercadorias, nº da nota fiscal emitida, modelo, UF de origem das mercadorias, CFOP, alíquota, valores total, BC do ICMS, ICMS, Isenta/N.tributada e outras, e a informação da folha do livro Registro de Entradas onde cada nota fiscal está escriturada; temos também no PAF a cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo (amostra) – (fls. 34/35 e 371/396).

Assim, como não há outros elementos trazidos pelo defensor, fica mantida a infração, haja vista que não houve o cumprimento da obrigação principal, prevista no art. 39 do RICMS/97, por parte do sujeito passivo, fica sujeito à exigência fiscal em sua totalidade. Infração procedente.

A infração 5 decorreu da falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O contribuinte era usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para emissão de documentos fiscal e/ou para escrituração de livros fiscais (SEPD), de acordo com disposições do Convênio ICMS 57/95 e os artigos 683, § 3º, 686 e 708-A do RICMS/BA, está obrigado a informar em meio magnético, as operações realizadas por totais e por itens de mercadorias. Contudo os arquivos entregues, mensalmente, só continham dados totalizadores das operações e o contribuinte foi intimado em 08/10/2010 (na forma do art., 708-B do RICMS/BA) a apresentá-los e, apesar do prazo concedido, entregou os mesmos arquivos à SEFAZ (apenas com dados totalizadores: Registros 50, 60A e 60M, NÃO INFORMADOS dados por itens: Registros 54, 60R, 75 e 74), configurando-se não fornecimento dos arquivos, na forma prevista no § 6º do art. 708-B do RICMS/BA.

Consta na descrição dos fatos que contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos referentes ao período de jan/2005 a dez/2008, mas como parte da documentação estava em poder da Receita Federal, em decorrência de ação fiscal, só foi fiscalizado o exercício de 2005.

Diante do não atendimento da intimação, fato que impossibilitou a realização de roteiros fiscais essenciais à homologação de lançamentos foi aplicada a penalidade prevista na alínea “j” da Lei nº 7.014/96. Penalidade de 1% sobre as saídas, porque superiores às entradas, referentes ao período de jan/2005 a dez/2005 (valores escriturados nos livros fiscais), conforme demonstrativo Anexo V. (aplicado ‘o art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07).

Contudo, como as irregularidades apresentados nos arquivos magnéticos decorreram do fato de os mesmos apresentarem inconsistências, pois somente continham os dados totalizadores das operações, o autuante intimou a empresa em 08/10/2010, mas não obedeceu ao comando do art. 708, § 5º do RICMS/BA, ou seja, a fiscalização teria que conceder ao contribuinte o prazo de 30 (trinta) dias úteis, contados da data do recebimento da intimação para corrigir o arquivo magnético, apresentado com inconsistência. Além disso, deve ser seguida a regra contida no § 3º do mesmo dispositivo, que prevê o fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Como estas medidas não foram seguidas pela fiscalização, houve cerceamento ao direito do contribuinte, e neste caso aplico o art. 18 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e declaro nula a infração em comento.

Destaco também que deve ser seguida a Orientação Técnica emanada da GEAFI-FISC nº 003/2005, que delibera quanto à aplicação de multas referentes a infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95.

Infração nula.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0004/10-7**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.187,93**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR