

A. I. Nº. - 206882.0901/06-7
AUTUADO - AUTO NORTE DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 21. 07. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-01/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Documentos acostados pelo sujeito passivo propiciaram revisão fiscal, com redução do valor do imposto devido. Infração mantida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$99.712,20, acrescido da multa de 60%, tendo sido atribuído ao sujeito passivo o recolhimento a menos do imposto por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 [no inciso II do art. 353 do RICMS/BA], nos meses de março, abril e novembro de 2003, março, abril, junho a setembro e novembro de 2004, janeiro, fevereiro, abril, maio, setembro e novembro de 2005.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às folhas 825 a 836, arguindo que atua no ramo de distribuição de peças para veículos automotores, estando sua sede localizada no Estado de Pernambuco, de onde são importadas todas as mercadorias comercializadas pela filial baiana.

Salienta que o fundamento da sanção administrativa deve estar em conformidade com o enquadramento do indivíduo na conduta tipificada na lei como infração. Neste sentido, transcreve o ensinamento do jurista Nelson Hungria a respeito da natureza unitária das infrações, concluindo que o princípio da estrita legalidade do direito penal deve ser utilizado para a solução do caso em tela. Afiança que a tipicidade deve ser encarada da forma mais restrita possível, até mesmo em razão da segurança jurídica daqueles que possam vir a ser sancionados.

Esclarece que para facilitar o julgamento adotou o mesmo critério utilizado pelo Fisco, combatendo a autuação de acordo com os períodos de ocorrência. Transcrevendo os dispositivos relativos ao enquadramento da infração e à aplicação da multa, ressalta que tanto o inciso II, quanto a alínea “b” do art. 125 do RICMS/BA foram alterados a partir de março de 2004. Afirma existir uma contradição no Auto de Infração, tendo em vista que apesar de a imputação se referir ao recolhimento a menos do imposto, em conformidade com a base legal utilizada para penalização (alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96), os demais artigos indicados não tipificam infrações, pois apenas determinam como deve ser apurada a base de cálculo do imposto e os prazos de recolhimento.

Entende que para existir infração se faz necessária a comprovação de ter ocorrido recolhimento fora do prazo legal, motivado por registro de operação tributada como não tributada, erro na aplicação da alíquota ou devido a erro na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do

imposto. Frisa que não tendo a Fiscalização apontado qual a prática delituosa verificada, o impugnante não sabe do que está sendo acusado, ficando impossibilitado de se defender.

Observa que o dispositivo usado para enquadrar a irregularidade concernente ao mês de novembro de 2005 (alínea “a” do inciso I do art. 125 do RICMS/BA) fora revogado pelo Decreto nº 8.969/04, razão pela qual a autuação deve ser julgada nula quanto a esta ocorrência, haja vista que uma imputação não pode se basear numa norma legal revogada.

Citando o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.784/99 e o art. 2º do Decreto nº 7.629/99, que tratam da garantia ao contraditório e à ampla defesa, realça que no caso em tela ocorreu imputação de recolhimento do ICMS fora do prazo legal, porém em nenhum momento o Auto de Infração aponta quais as operações que ensejaram o suposto recolhimento extemporâneo.

Argui que a Fiscalização se amparou apenas na comparação entre os dados do SINTEGRA [sistema integrado de informações sobre operações] e aqueles contidos na DMA [declaração e apuração mensal do ICMS], encontrando tão somente meras diferenças entre os dados dos dois sistemas. Lembra que a relação das notas fiscais constantes no anexo do Auto de Infração é a listagem do SINTEGRA, enquanto que o valor recolhido é aquele constante na DMA.

Argumenta que não foram apontados quais os recolhimentos que foram feitos fora do prazo, nem foram indicadas quais as notas fiscais e as operações que ensejaram a autuação, lembrando que mercadorias remetidas de Pernambuco em um mês poderiam entrar na Bahia em outro mês. Ressalta que podem ocorrer diferenças entre os dois sistemas e mesmo assim o recolhimento do imposto ter sido feito da forma estabelecida pela legislação tributária, desde quando de acordo com o art. 125 do RICMS/BA o fato gerador ocorre na entrada da mercadoria no território baiano, enquanto o seu inciso II, § 7º, estabelece que o recolhimento pode ser feito no final do mês seguinte.

Descrevendo o método que utiliza para apurar o ICMS a ser recolhido por antecipação, afirma que a autuante calculou o imposto com base no cotejo entre os dados do SINTEGRA e da DMA, cobrando a diferença como se não tivesse sido paga. Alega que para se defender é imprescindível que o Fisco aponte quais foram as notas fiscais correspondentes às operações que teriam gerado o recolhimento fora do prazo, bem como que indique porque essas operações têm erros.

Reitera que a Fiscalização não verificou se o imposto não tinha sido pago no mês anterior ou no mês subsequente, como efetivamente aconteceu. Afiança que somente dessa forma poderia exercer plenamente o seu direito, defendendo-se apropriadamente. Requer que em nome do regramento constitucional o Auto de Infração seja julgado nulo.

Prosseguindo, afirma que a divergência constatada pela autuante decorreu do fato de a DMA ter sido preenchida pelo escritório de contabilidade com base nas datas de entrada das notas fiscais, enquanto que o SINTEGRA foi entregue com atraso devido a questões de sistema e organizacional da matriz em Pernambuco. Com isso, em algumas situações uma parte das notas fiscais emitidas pela matriz na última semana de um mês são lançadas pela filial baiana no mês seguinte, quando da efetiva entrada das mercadorias. Dessa forma, são lançadas na DMA notas fiscais emitidas no mês anterior ou no mesmo mês, sendo o imposto recolhido no dia 25 do mês subsequente, conforme estabelece o art. 125, inciso II, § 2º do RICMS/BA.

Enfatiza que, por essa razão, o fato de os dados da DMA divergir das informações do SINTEGRA não significa ter ocorrido insuficiência de recolhimento e sim divergência temporal do valor do imposto recolhido, devido às citadas alterações entre os lançamentos das notas fiscais e em decorrência de erros nas informações prestadas no SINTEGRA.

Salienta que, na verdade, como resultado desses acontecimentos, recolheu ICMS a maior, no valor de R\$47.001,68, conforme indica no “Demonstrativo de créditos a recuperar – Anexo II” (fls. 848 a 851). Afirma que, visando comprovar o alegado, realizou levantamento para identificar as notas fiscais que constam da relação anexada ao Auto de Infração e não constam na DMA, assim como aquelas que constam da DMA e não constam da referida relação (fls. 852 a 965).

Argui que de acordo com os relatórios que anexou, chegou às seguintes conclusões: houve meses em que a diferença apontada foi recolhida em outros meses; houve meses em que a diferença apontada realmente é devida; em alguns meses a diferença apontada foi maior que o valor devido; em alguns meses o impugnante lançou notas fiscais em duplicidade, pagando ICMS a maior; em nenhum mês a Fiscalização considerou os créditos decorrentes das transferências (devoluções) de mercadorias da Bahia para Pernambuco.

Tratando sobre as devoluções de mercadorias, utiliza-se do § 3º do art. 359 do RICMS/BA, que estabelece os procedimentos a serem adotados pelos contribuintes nos casos de saídas interestaduais de mercadorias que já tenham sido objeto de antecipação do imposto. Afiança ser possuidor de créditos fiscais no valor de R\$46.944,04, conforme planilhas às fls. 966 a 1.038, requerendo que esse valor seja utilizado para abater do possível débito decorrente da autuação.

Frisa que em relação aos casos em que ficou constatado que realmente não recolhera o imposto devido, realizou o pagamento correspondente com os demais acréscimos, de acordo com o Anexo III (fls. 1.039 a 1.049). Transcreve o art. 912 e incisos do RICMS/BA e cita o art. 138 do CTN [Código Tributário Nacional], argumentando que se recolheu o imposto devido e seus acréscimos, a penalidade não pode ser aplicada.

Observa que ao calcular o valor supostamente devido, a Fiscalização não utilizou corretamente a alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois além de calcular a multa, somou o valor do imposto, como se este não tivesse sido recolhido. Como o referido dispositivo trata apenas do caráter temporal, entende que a autuante deveria ter apontado onde o imposto fora recolhido fora do prazo, acrescentando ter comprovado que esse fato ocorreu apenas em alguns casos.

Aduzindo que tem sido esse o entendimento da SEFAZ/BA em casos análogos, transcreve as ementas relativas aos Acórdãos JJF nºs 0804/99, 0882/98 e 0626/00, além do CJF nº 0842/00, que versam sobre a conversão da exigência do ICMS referente à antecipação tributária na aplicação da multa de 60%, quando restar comprovado o recolhimento do tributo nas operações subsequentes.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, por impedir o exercício da ampla defesa, por não definir qual foi a conduta ilegal praticada, por não individualizar as ocorrências, por não utilizar corretamente a multa aplicada e por não considerar os créditos fiscais do impugnante. Quanto à cobrança do período de ocorrência de novembro de 2005, a nulidade deve ser decretada, por ter sido baseada em dispositivo legal revogado.

Se assim não entender o órgão julgador, que então o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, para que sejam excluídas todas as quantias já pagas pelo contribuinte, sendo aplicada a multa apenas em relação aos recolhimentos realizados fora do prazo. Neste caso, solicita que o valor da multa seja compensado com os créditos fiscais decorrentes das devoluções de mercadorias e que seja autorizado o crédito dos valores pagos a maior no montante de R\$47.001,68.

Protesta pela apresentação de todas as provas admitidas em direito, especialmente os relatórios elaborados pelo impugnante, cuja veracidade poderá ser comprovada pelo próprio fisco.

A autuante produziu a informação fiscal às fls. 1.053 a 1.055, afirmando que não procede a alegação defensiva de que faltou no lançamento a indicação de quais teriam sido as operações cujo recolhimento teria sido extemporâneo, já que a autuação consiste apenas em uma só infração, que é o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, devido a erro na determinação da base de cálculo, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outros estados.

Ressalta que essa infração está amplamente indicada nos diversos demonstrativos anexados ao processo, os quais, de forma contrária à arguida, individualizam os valores devidos por cada nota fiscal, totalizando-os mensalmente, de acordo com a sistemática de apuração do ICMS devido.

Quanto à afirmação do autuado de que o levantamento fiscal se dera com base no SINTEGRA, argui que realmente os arquivos desse sistema (e não a listagem) foram utilizados, considerando que

devem representar as operações conforme tenham sido escrituradas nos livros fiscais. Saliencia que, no entanto, os livros do contribuinte também serviram de base no trabalho realizado, conforme cópias que se encontram anexadas ao processo.

Observa que o fato de a escrituração da DMA estar em desconformidade com os arquivos SINTEGRA e com os dados dos livros fiscais do autuado deve ter resultado no recolhimento do imposto a menos, enfatizando que, entretanto, os cálculos que resultaram nos valores devidos foram baseados nos lançamentos das notas fiscais constantes no livro Registro de Entradas e com observância da natureza fiscal de cada mercadoria, em especial no que diz respeito à sistemática de tributação, que no caso se refere à antecipação tributária.

Rebate a alegação do autuado de que teria recolhido integralmente o imposto devido, esclarecendo que uma eventual diferença a menor de um mês seria identificada como uma diferença a maior no mês seguinte, o que não ocorreu, pois conforme se vê nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, ocorreram recolhimentos a menor de forma seguida, resultando no final do período em uma diferença significativa.

Rebate a alegada “realidade fática”, contrapondo que não lhe cabe compensar eventuais falhas da escrituração contábil ou fiscal do contribuinte ou mesmo nos arquivos magnéticos entregues por meio do SINTEGRA. No que se refere às operações de devoluções de mercadorias, entende que não cabe no momento processual a realização da pleiteada compensação de débitos, por se tratar de procedimento próprio, que deve estar devidamente instruído com os elementos probatórios que justifiquem a pretensão.

Contesta a arguição preliminar de inobservância do contraditório, desde quando o Auto de Infração está instruído com todos os demonstrativos necessários a lhe dar sustentação, assim como os demais elementos probatórios. Ressalta que as cópias de todos os documentos foram fornecidas ao autuado, o que demonstra a total conformidade com o princípio do contraditório.

Afirma que no mérito ficou devidamente demonstrado o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, não tendo o autuado conseguido elidir a pretensão fiscal. Ratifica os termos da autuação.

Considerando as alegações do sujeito passivo de que na peça de acusação não foi identificado o fato motivador da imputação, tendo a autuante esclarecido que decorreria de erro na determinação da base de cálculo, porém o contribuinte não foi cientificado a respeito; considerando que o autuado argumentou que a DMA foi preenchida com base nas datas de entrada, enquanto que os arquivos SINTEGRA, que serviram de base para a autuação, se lastrearam nas datas de emissão das notas fiscais e tendo em vista que a primeira coluna dos demonstrativos de fls. 24 a 239 se refere à “data de emissão”, quando o cálculo deve se basear na data de entrada, devendo o recolhimento ser efetivado até o dia 25 do mês subsequente: a 1ª JJF requereu a realização de diligência (fls. 1.058 e 1.059), para que a autuante esclarecesse se a apuração se baseara nas datas de entrada ou nas datas de emissão das notas fiscais. Caso existissem notas fiscais relacionadas com base na data de emissão, deveria realizar os ajustes para a data da efetiva entrada, elaborando, neste caso, novos demonstrativos.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias do parecer emitido pelo diligente, dos novos elementos juntados, bem como da informação fiscal anterior (fls. 1.053 a 1.055) e do termo de diligência, quando deveria ser reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Caso houvesse manifestação defensiva, a autuante deveria elaborar nova informação fiscal.

Ao atender às disposições contidas no pedido de diligência, a autuante informou à fl. 1.063 que os cálculos constantes do Auto de Infração foram efetuados com base na data de lançamento (entrada das mercadorias), conforme previsto no inciso II da cláusula 19 do Convênio 57/95.

No que se refere à mudança da data de vencimento para pagamento do imposto apurado, alega ser impossível efetivar a alteração através do lançamento originário, pois apesar do § 7º do art. 125 do RICMS/BA prever o vencimento do imposto para o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da

mercadoria, este prazo somente é válido para contribuinte credenciado e que age nos termos do credenciamento, não valendo, portanto, para o tributo não pago espontaneamente no prazo correto, incidindo nesse caso a regra geral. Ratifica o Auto de Infração.

Tendo recebido toda a documentação determinada no termo de diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa, o autuado se manifestou às fls. 1.070 a 1.079, argumentando que tendo em vista que todas as mercadorias que comercializa procedem da matriz em Pernambuco, nas entradas ocorre uma tributação à alíquota de 12%. Como os produtos estão submetidos à antecipação tributária, o ICMS é recolhido ao Estado da Bahia no momento de sua entrada em território baiano, utilizando-se a MVA correspondente, com aplicação da alíquota de 17% e deduzindo-se os créditos fiscais.

Reprisa que as diferenças apuradas pela Fiscalização decorreram de lançamentos equivocados pelo autuado de notas fiscais no SINTEGRA, asseverando que, no entanto, de acordo com os cálculos apresentados no anexo II da defesa, sempre recolheu o imposto com base nos fatos geradores correspondentes. Assim, apesar de lançados, por erro, em um determinado mês, as notas fiscais representaram mercadorias que entraram em território baiano em outro período.

Cita como exemplos a Nota Fiscal nº 190.769, lançada no SINTEGRA em 02/03/2004, entretanto a mercadoria entrou na Bahia em 22/02/2004 e o ICMS foi recolhido no mês de fevereiro; já no caso da Nota Fiscal nº 198.919, lançada em 31/03/2004, o fato gerador (entrada na Bahia) ocorreu em 02/04/2004, tendo o ICMS sido recolhido no mês de abril. Argui que esse fato comprova o erro na declaração da entrada das mercadorias no SINTEGRA, constituindo-se em equívoco no cumprimento da obrigação acessória.

Frisa que no citado anexo II foram descritas, de forma pormenorizada, as datas dos lançamentos no SINTEGRA, os números das notas fiscais, seus valores, bases de cálculo e valores recolhidos, dados que não foram tratados na informação fiscal, a despeito de se tratar da principal tese da defesa.

Lembra que o fato gerador não é o lançamento da nota fiscal no SINTEGRA, porém a entrada da mercadoria no Estado da Bahia, conforme preconiza o inciso II do § 2º do art. 352 do RICMS/BA. Assevera que, assim, ao apurar e recolher o imposto nos períodos nos quais se deram as entradas das mercadorias na Bahia, seguiu estritamente o que determina a legislação tributária em vigor.

Nesse sentido, traz à colação decisão emanada do Conselho de Contribuintes do Paraná, atinente ao Acórdão nº 33/2005, bem como a decisão proferida pela 1ª JFJ deste Conselho de Fazenda, sob nº 000.900.922-1/00b, na qual o documento colhido do SINTEGRA não foi acatado como prova da situação cadastral do contribuinte remetente da mercadoria.

Manifesta o entendimento de que os dados do SINTEGRA não podem se sobrepor à realidade fática, que consiste na hipótese de incidência do imposto, materializando-se na entrada da mercadoria na Bahia e não com o lançamento das notas fiscais nesse sistema. Observa que para comprovar a sua boa-fé efetuou o recolhimento onde apurou que realmente existia pagamento a menos de ICMS, acrescentando que a autuante não se pronunciou a respeito desses pagamentos.

Realça que tendo em vista que o imposto não recolhido no tempo próprio já foi quitado, não houve lesão ao erário nem inobservância da obrigação principal, porém descumprimento de obrigação acessória. Replica que a autuante ignorou a existência de tais créditos em favor do contribuinte, apenas afirmando que a via não era a adequada para se proceder à restituição. Repete que tendo efetuado um recolhimento a maior do imposto, quando da apuração do crédito a autuante deveria tê-lo considerado ou até mesmo o órgão julgador de primeira instância. Solicita a realização de diligência, e utiliza o Acórdão CJF nº 0053-12/03, onde ocorreu diligência à Assessoria Técnica do CONSEF, considerando a existência de créditos fiscais não considerados no levantamento.

Insiste que uma perícia contábil poderá detectar se as suas alegações têm procedência, visando também apontar qual o montante do valor do ICMS recolhido a menos, com base nos elementos apresentados na peça de defesa, quando foram apontados de forma detalhada os reais saldos devedores do autuado, os quais já foram inteiramente quitados.

Acrescenta que não se fazendo presente uma análise dessas afirmações, torna-se inviabilizado o contraditório e a ampla defesa. Além disso, a despeito de a infração apontada se referir a “erro na determinação da base de cálculo do ICMS”, o demonstrativo de cálculo se constitui em mero cruzamento de dados do SINTEGRA com a DMA.

Alega que a imputação trata da falta de atendimento das regras contidas no art. 61 do RICMS/BA, porém não especifica qual teria sido a inconsistência verificada. Enfatiza que para se garantir a ampla defesa faz-se necessário que o processo seja convertido em diligência, para que seja determinado o suposto erro na determinação da base de cálculo do imposto e para que sejam apurados os recolhimentos indicados pelo impugnante, de modo a se evitar o enriquecimento sem causa do Estado da Bahia.

Repetindo o método adotado na apuração do imposto antecipado, ressalta os erros existentes no levantamento, citando os seguintes exemplos:

- 1) para os casos em que a diferença foi recolhida em outros meses, cita março de 2004, quando da diferença de R\$18.572,00, apontada pela autuante, R\$8.282,14 fora recolhido no mês 02/2004, R\$3.628,49 no mês 04/2004, e R\$6.661,37 foi quitado no mês 10/2006, com o benefício da redução da multa;
- 2) para a situação em que a diferença apontada realmente é devida, usa como exemplo o mês de março de 2003, no qual a diferença de R\$138,39 indicada pela autuante realmente existe;
- 3) para os casos em que a diferença apontada foi maior que o valor devido, cita o mês de maio;
- 4) houve casos de lançamento pelo impugnante de notas fiscais em duplicidade, pagando ICMS a maior;
- 5) para as situações em que não se considerou os créditos decorrentes das devoluções da Bahia para Pernambuco, cita o mês de março de 2005, quando não foi considerado o crédito de R\$6.999,24, gerado a partir das saídas para Pernambuco.

Enfatiza que é imperativo que o fisco indique que operações, representadas por quais notas fiscais, geraram um recolhimento fora do prazo e quais foram os erros identificados. Para tanto, requer que na diligência sejam apresentadas as irregularidades na determinação da base de cálculo do ICMS, que seja apurada a veracidade dos recolhimentos efetuados, além da quitação parcial da autuação.

Solicita que sendo constatado que os seus cálculos estão corretos, o Auto de Infração seja julgado inconsistente quanto à acusação de recolhimento a menos. Caso assim não se entenda, que então o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, excluindo-se as quantias já pagas, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória ou recolhimentos fora do prazo.

Sendo a autuação mantida parcialmente, requer que seja feita a compensação dos valores devidos com os créditos do contribuinte decorrentes das devoluções de mercadorias da filial da Bahia para a matriz estabelecida em Pernambuco.

Ao ser cientificada a respeito da manifestação do impugnante, a autuante se pronunciou à fl. 1.083, quando ratificou os cálculos constantes no Auto de Infração, salientando que quaisquer alterações somente seriam possíveis com a apresentação de robustos elementos probatórios e mediante a apreciação revisional do CONSEF. Ratifica o Auto de Infração nos termos originais.

Considerando que a determinação para que o levantamento fosse feito com base nas datas das entradas das mercadorias, não foi cumprida, porém os elementos juntados aos autos indicam que várias notas fiscais consignadas em um determinado mês tiveram o seu pagamento efetivado em mês diferente, a exemplo das Notas Fiscais de n^{os} 190.769 e 199.379, consideradas pela autuante em março de 2004, que foram lançadas no livro Registro de Entradas em fevereiro e abril de 2004, mesmos meses que o autuado alega ter efetuado os pagamentos do ICMS; considerando a alegação de que parte das diferenças apuradas decorreu dos seguintes equívocos: erros nos dados das notas fiscais lançados no SINTEGRA; notas fiscais lançadas pelo Fisco não pagas em DMA; divergências

entre os cálculos da autuante e da DMA; notas fiscais pagas não apuradas; notas fiscais lançadas e pagas em um mês, apuradas em outros meses: a 1ª JFJ converteu o processo em diligência (fls. 1.091 e 1.092), para que Auditor Fiscal designado revisasse o lançamento, adotando as seguintes providências:

- 01) com base na documentação constante do processo, especialmente os demonstrativos fiscais, os elementos de fls. 853 a 965, os comprovantes de recolhimentos do ICMS relativos à antecipação tributária, e outros documentos a serem disponibilizados pelo autuado, verificasse os lançamentos impugnados, excluindo as notas fiscais em que as alegações defensivas fossem comprovadas;
- 02) elaborasse novas planilhas e demonstrativos de débito para cada mês compreendido na autuação.

Após realizar a diligência, a Auditora Fiscal Lelita Vieira Tigre da Silva, às fls. 1.094 e 1.095, informou ter adotado as seguintes providências:

- 1 – com base nos arquivos magnéticos transmitidos, refez todas as planilhas de 2003, 2004 e 2005, considerando as informações juntadas à defesa (fls. 853 a 876);
- 2 – considerou as datas de “entrada” e não as de “emissão”, haja vista que foram utilizados os arquivos magnéticos, que foram conferidos com o cálculo constante na coluna “observações” do livro Registro de Entradas de Mercadorias (fls. 241 a 667);
- 3 – em consequência das mudanças sugeridas para os ajustes (fls. 853 a 876), apareceram débitos em meses anteriormente não reclamados, conforme novo demonstrativo de débito. A conferência foi feita com base nos pagamentos constantes do livro Registro de Entradas e no resumo fornecido pelo autuado, o qual, às vezes, se mostrava confuso, como em relação a notas fiscais indicadas para os meses de junho e julho de 2004;
- 4 – pela relação de fls. 1.047 a 1.049, o autuado aproveitou a anistia para pagar o ICMS referente a algumas notas fiscais que se encontravam sem pagamento ou não escrituradas nos livros fiscais. Salienta que nessa relação foram incluídas algumas notas fiscais constantes nesta autuação, cuja ciência se deu em 19/10/2006, o que significa que a denúncia espontânea se deu em data posterior, ou seja, em 30/10/2006. Assim, esse pagamento não foi considerado na revisão fiscal, por não se referir a pagamento do Auto de Infração. Entende que posteriormente o autuado poderá solicitar a restituição dos valores relativos às notas fiscais autuadas, sob a alegação de pagamento indevido;
- 5 – elaborou o demonstrativo de débito (fls. 1.096 a 1.139), cujos totais mensais reproduziu e que perfazem o montante de R\$49.473,88.

Cientificado a respeito do resultado da diligência, o autuado se manifestou às fls. 1.249 e 1.250, ressaltando que a diligente constatou que a maioria das notas fiscais objeto da autuação foram consideradas pela data da efetiva entrada da mercadoria na empresa, com o ICMS tendo sido regularmente recolhido, o que se comprova pela redução do valor apurado em mais de 50%, que ficou limitado a R\$49.473,88.

Realça que, entretanto, sem qualquer embasamento legal, na revisão não foi considerada a quitação do ICMS referente às notas fiscais, com amparo na Lei Estadual nº 10.328/2006. Frisa que essa norma, embasada nos Convênios 50/06 e 73/06, dispensou o pagamento de multas por infração e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais de ICMS, relativos a fatos geradores ocorridos até 31/12/2005, inclusive os que já estavam com cobrança ajuizada. Destaca que, desse modo, qualquer contribuinte com débito, inclusive nos casos de discussão na esfera judicial, poderia gozar do benefício, quitando os débitos com redução das multas e acréscimos.

Assevera que, assim, usufruindo regularmente do benefício, quitou o ICMS referente a diversas notas fiscais arroladas no Auto de Infração, as quais relaciona no Anexo I (fls. 1.252 a 1.254), enquanto que no Anexo II (fls. 1.255 a 1.257), aponta quais as notas fiscais que ainda se encontram no Auto de Infração, mas foram quitadas através do referido benefício, e que devem ser excluídas, sob pena de desconsideração de um ato jurídico perfeito.

Salienta ter constatado, ainda, que algumas notas fiscais que foram mantidas na revisão fiscal, foram devidamente quitadas pela sistemática normal, conforme aponta no Anexo III (fls. 1.258 a 1.269), devendo ser deduzidas do “novo valor” obtido por meio da revisão fiscal, tendo em vista que houve o seu pagamento integral.

Observa que detalhou no Anexo IV (fls. 1.270 e 1.271), a redução do valor obtido pela revisão fiscal, descontados os pagamentos referentes às notas fiscais quitadas através do benefício fiscal e cujo ICMS foi pago por meio da sistemática normal. Assim, requer que seja refeito o cálculo do débito apurado na revisão fiscal, considerando-se a quitação do ICMS pelas duas modalidades.

À fl. 1.283, a autuante informou que acatava integralmente os termos do trabalho desenvolvido pela revisora, estando de acordo com os procedimentos técnicos e com os novos demonstrativos de débitos apresentados.

Às fls. 819, 820, 1.285 e 1.286, constam requerimento, demonstrativo e extrato do SIGAT/SEFAZ, relativos ao pagamento parcial do débito concernente à presente autuação, com os benefícios da Lei nº 10.328/06.

VOTO

Inicialmente tratarei a respeito das arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo. Afasto a alegação de que os dispositivos regulamentares indicados no Auto de Infração não tipificam a imputação, pois a infração trata do recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de o contribuinte ter incorrido em equívoco ao proceder aos cálculos dos montantes devidos por antecipação e considerando que os citados dispositivos tratam especificamente sobre a forma de cálculo do tributo em questão.

Quanto à argumentação de que o inciso II, e sua alínea “b” do art. 125 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tinham sido modificados a partir de março de 2004, saliento que essa alteração não mudou tais dispositivos em sua essência, pois se prestaram tão somente a estabelecer as regras para que o recolhimento do imposto pudesse ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, quando o contribuinte estivesse credenciado.

No que concerne à afirmação que a Fiscalização não teria apontado de forma objetiva qual a prática delituosa verificada, o que teria dificultado a defesa do contribuinte, ressalto que tendo em vista que a autuante esclarecera esse ponto na informação fiscal, porém o contribuinte não tomara conhecimento desse pronunciamento, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) converteu o processo em diligência, para que fosse dada ciência ao autuado desses esclarecimentos, bem como que fosse reaberto o prazo de 30 (trinta) dias, o que afastou tal alegação.

Observo que também por meio de diligência foi determinada a realização dos ajustes, visando adequar os valores devidos para cada período de ocorrência e para se determinar os erros da base de cálculo do imposto, o que afastou as alegações da defesa quanto à não observância do direito à ampla defesa e de existência de enriquecimento sem causa do Estado da Bahia.

Quanto ao pleito pela nulidade da exigência concernente ao mês de novembro de 2005, sob a justificativa de que fora utilizado dispositivo revogado (alínea “a” do inciso I do art. 125 do RICMS/BA), ressalto que este fato não descaracteriza o lançamento, haja vista que também neste caso a autuante mencionou os demais artigos do RICMS/BA que apontam para a irregularidade praticada pelo impugnante.

No que se refere à alegação de que não consta dos autos a indicação das operações que geraram a cobrança do tributo, observo que a apuração foi efetivada por período de apuração e nos demonstrativos de fls. 24 a 239 são apontadas todas as notas fiscais objeto da exigência tributária.

Afasto, também, o pedido de nulidade baseado no argumento que a multa sugerida estaria inadequada, haja vista que tal penalidade encontra-se legalmente prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo a recomendada para a situação dos autos.

Assim, ficam rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e a sua capitulação legal estão condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Saliento que os cálculos realizados pelo Fisco estão perfeitamente demonstrados nos papéis de trabalho elaborados, os quais foram efetivados para cada nota fiscal objeto da ação fiscal.

Acrescento que foi obedecido o devido processo legal, estando o procedimento revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação a qualquer dos princípios que regem o direito administrativo fiscal. Observo, ademais, que foram atendidas as determinações previstas no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do Auto de Infração.

No lançamento em lide foi imputada ao sujeito passivo o recolhimento a menos do imposto por antecipação, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS por antecipação, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/BA, portanto enquadradas no regime de substituição tributária.

Saliento que a apuração fiscal se amparou nos dados informados no Sistema SINTEGRA, porém, também, nos dados constantes dos livros fiscais do contribuinte, o que afasta a alegação de que os dados do SINTEGRA não podem servir para embasar o levantamento levado a efeito pela Fiscalização. Mesmo porque, os cálculos consistiram no levantamento dos débitos do ICMS relativos a cada nota fiscal, que foram totalizados por período de apuração, sendo indicadas as diferenças entre os montantes devidos e aqueles recolhidos.

Ressalto que tendo em vista que as alegações defensivas quanto a alguns tipos de inconsistências identificadas no trabalho realizado pela autuante, principalmente quanto ao fato de diversas notas fiscais terem sido consideradas ora em períodos posteriores, ora em datas anteriores à entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como para atender ao pleito do impugnante nesse sentido, esta 1ª JJF solicitou a realização de outra diligência, nessa oportunidade a ser implementada por fiscal estranho ao feito, para que todo o levantamento fosse revisado, considerando-se todos os equívocos indicados e devidamente comprovados.

Observo que em atendimento a esse pedido, a Auditora Fiscal Lelita Vieira Tigre da Silva, adotou as providências solicitadas, tendo refeito todas as planilhas relativas aos períodos compreendidos na autuação, após analisar os elementos de prova acostados aos autos, considerando, de forma correta, as datas de “entrada” e não as datas de “emissão” das notas fiscais, comparando os dados dos arquivos magnéticos com o livro Registro de Entradas de Mercadorias. Comparou, também, as informações colhidas desse livro com o resumo fornecido pelo autuado.

Concordo, de igual forma, com a justificativa apresentada pela diligente para não deduzir dos valores autuados, os montantes pagos pelo contribuinte por meio da anistia fiscal, haja vista que tais pagamentos ocorreram após iniciada a ação fiscal e o Auto de Infração ter sido lavrado, cabendo, neste caso, a homologação dos valores recolhidos por parte da Repartição Fazendária. Quanto à alusão pelo contribuinte a decisões deste CONSEF, nas quais a exigência do imposto foi convertida na imposição de multa, ressalto que tal situação não corresponde à do presente caso, haja vista que aqui estamos tratando de recolhimento do tributo após a lavratura do Auto de Infração.

Vejo, entretanto, que ao tomar ciência do resultado da diligência, o autuado alegou que algumas das notas fiscais que tinham sido mantidas na revisão fiscal, já se encontravam lançadas nos livros fiscais e cujo ICMS relativo à substituição tributária houvera sido incluído nos montantes do imposto apurado de forma normal em sua escrita fiscal, além de ter sido recolhido, conforme elementos de prova que acostou às fls. 1.258 a 1.269. Assim, concluo pela aceitação dos valores apurados pela diligente revisora, porém com a dedução dos montantes correspondentes às notas fiscais em questão, que totalizam a importância de R\$4.051,82, de forma que o lançamento fica mantido de forma parcial, no importe de R\$45.422,06, conforme tabela abaixo:

OCORRÊNCIA	DÉBITO JULGADO (R\$)
04/2003	468,61
11/2003	932,39
02/2004	2.857,59
03/2004	3.803,81
04/2004	3.096,14
05/2003	4.417,45
06/2003	28,60
07/2003	2.944,61
08/2004	2.574,76
09/2004	7.580,43
01/2005	1.674,58
02/2005	12.588,91
04/2005	70,14
06/2005	1.631,63
07/2007	693,06
09/2005	59,35
TOTAL	45.422,06

Ressalto, entretanto, que em relação aos valores comprovadamente recolhidos pelo regime normal de apuração do imposto, conforme explicitado acima, é cabível a aplicação da multa percentual de 60%, prevista no § 1º, combinado com o inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96. E como tal imposição não pode ser efetuado através do presente lançamento, recomendo à autoridade competente que instaure novo procedimento fiscal, visando a exigência da multa em questão.

No que se refere à alegação do autuado de que teria incorrido em equívoco ao proceder aos cálculos do ICMS devido, pleiteando que os alegados valores recolhidos a mais fossem compensados com os débitos apurados através da presente autuação, entendo que tais valores não poderão ser objeto de compensação no presente lançamento, porém o impugnante poderá ingressar com pedido de restituição, se for o caso.

Face ao exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos, com a extinção dos valores pagos com os benefícios da Lei nº 10.328/06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0901/06-7**, lavrado contra **AUTO NORTE DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.422,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, cabendo a homologação dos valores efetivamente recolhidos, inclusive com a extinção dos valores pagos com os benefícios da Lei nº 10.328/06.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, 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, 11 de julho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR