

A. I. Nº - 147365.0161/11-0  
AUTUADO - ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTÉRIO DA SILVA  
ORIGEM - INFAS JEQUIÉ  
INTERNET 28.03.2012

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0083-05/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO ICMS. Exigência não contestada; **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado que o imposto não foi retido, e sim, falta de retenção, devendo-se aplicar a penalidade de 60% sobre o valor do imposto; 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAL DESTINADO AO CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada; 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO; **b)** MERCADORIA COM SAÍDA ISENTA; **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. Exigências reconhecidas, ao não serem impugnadas; 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS, NÃO TRIBUTÁVEIS, SEM REGISTROS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Exigência não contestada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM INCONSISTÊNCIAS, REFERENTES ÀS INFORMAÇÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS, QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Apurada a ausência da listagem diagnóstico e da intimação para correção das inconsistências. Existência de vícios insanáveis. De ofício, infração declarada NULA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2011, exige o valor de R\$ 144.451,79, conforme documentos às fls. 10 a 148, inerentes aos exercícios de 2008 e 2009, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 33.582,34, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, relativo às aquisições de farinha de trigo do Estado do Paraná, nos meses de janeiro, abril e julho de 2008;
- 2 Deixou de recolher ICMS retido, no valor de R\$ 33.339,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
- 3 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 1.691,83, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.
- 4 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 7.925,00, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no exercício de 2008;
- 5 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 8.725,13, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, no exercício de

2009, inerente às aquisições de embalagens para mercadorias com saídas com redução de 100% na base de cálculo;

- 6 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de março de 2009, no valor de R\$ 19.847,98;
- 7 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, levantadas através dos Relatórios SINTEGRA, resultando na exigência da multa de R\$ 5.183,02, correspondente a 1% do valor comercial da operação.
- 8 Forneceu informações através dos arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, calculando-se a multa, no valor de R\$ 34.157,25, sobre o valor das operações ou prestações omitidas, limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

O autuado, em sua defesa, à fl. 155 dos autos, contesta a aplicação de multa percentual de 150% incidente sobre o valor de substituição tributária, devido sobre a saída de açúcar, exigido na segunda infração, por entender correta a aplicação do percentual de 60%, previsto no art. 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que não houve retenção do imposto no período fiscalizado.

Informa, ainda, que irá requerer à INFRAZ Jequié a utilização de crédito fiscal remanescente na apuração do período de 2008 e 2009, com saldo credor em 31/12/2009, no total de R\$ 116.357,05, para liquidação deste Auto de Infração, nos termos do art. 108-A, I, “b”, item “3”, do RICMS/BA.

Por fim, diz aguardar a manifestação de rever a imputação de multa e acréscimos moratórios incidentes sobre a segunda infração, bem como acerca da utilização de crédito para liquidação do saldo remanescente pelo valor histórico.

O autuante, ao realizar a informação fiscal, às fls. 163 e 164 dos autos, salienta que o autuado questionou, tão-somente, a multa de 150% aplicada sobre o imposto cobrado na segunda infração, fundamentado no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, que prevê a aplicação da multa de 60% quando “*não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição*”, sob a afirmação de que “*não houve retenção do imposto no período fiscalizado*”.

Ressalta que a legislação supracitada, de fato, faz distinção na aplicação de multas para esse tipo de infração, dependendo do contribuinte infrator ter ou não retido o imposto na sua condição de sujeito passivo por substituição, sendo que o inciso V, alínea “a”, do art. 42, estabelece a multa de 150% quando o imposto é retido e não recolhido tempestivamente, enquanto que o inciso II, alínea “e”, estabelece a multa de 60% quando não for retido.

Diz que, no exame das notas fiscais de venda de açúcar dos exercícios fiscalizados, constatou que não houve, efetivamente, destaque do ICMS substituto, sendo evidente, por esse lado, a inexistência da retenção como é devida na venda desse produto. Contudo, o contribuinte autuado calculou e lançou no seu livro RAICMS os valores devidos mês a mês, conforme fls. 21 a 45 dos autos, os quais serviram de base para a cobrança do imposto.

Assim, considerando que, na realidade, o imposto não chegou a ser retido quando da emissão dos documentos fiscais, acatou a razão de defesa, opinando em corrigir a multa aplicada na infração 2, passando de 150% para 60%, o que reduzirá o valor total desse item, quando lançado no sistema.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 144.451,79, relativo a oito irregularidades, tendo o sujeito passivo se insurgido apenas contra a multa de 150%, aplicada à segunda infração, incidente sobre a exigência do ICMS substituição tributária, devido sobre a saída de açúcar, sob a alegação de que não houve retenção do imposto no período fiscalizado, do que entende caber a penalidade prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº. 7.014/96, ou seja, 60% do valor do

imposto não recolhido tempestivamente, quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição.

Por sua vez, quando da sua informação fiscal, o autuante afirma que, do exame das notas fiscais de venda de açúcar dos exercícios fiscalizados, constatou não haver destaque do ICMS-SUBSTITUTO, inexistindo a retenção, como devida na venda desse produto, do que esclarece que o autuado calculou e lançou, em seu livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), os valores devidos, mês a mês, conforme atestam as fls. 21 a 45 dos autos, os quais serviram de base para a cobrança do imposto. Assim, entende que deve ser corrigida a multa aplicada de 150% para 60%.

Realmente, da análise das peças processuais que fundamentam a segunda infração, às fls. 20 a 45 dos autos, se constata que a fonte de dados para a apuração do imposto exigido foi o lançamento no aludido livro RAICMS, no qual consigna valores mensais do imposto a recolher, relativo ao “ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”.

Assim, com base na afirmação do autuante, quando da sua informação fiscal, de que “*No exame das notas fiscais de venda de açúcar dos exercícios fiscalizados constatamos que não houve, efetivamente, destaque do ICMS-SUBSTITUTO, sendo evidente, por esse lado, a inexistência da retenção como é devida na venda desse produto.*”, vislumbro como correta a aplicação da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº. 7.014/96, o qual prevê tal penalidade quando “não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição”.

Como a aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previstos no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada, no caso concreto, deve-se aplicar para a segunda infração a multa de 60%, capitulada no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº. 7.014/96, uma vez que ficou comprovado que o imposto não foi retido pelo sujeito passivo por substituição.

Contudo, apesar de o autuado ter expressamente reconhecido todas as exigências, há de se ressaltar a existência de erro formal que fulmina a oitava infração, a qual exige a multa no montante de R\$ 34.157,25, relativa aos exercícios de 2008 e 2009, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, inerentes aos Registros nº 54 e 74, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor da operação de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, já que o preposto fiscal não cumpriu o quanto determina a legislação, senão vejamos.

Independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no artigo 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

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

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

Assim, da análise dos autos, tanto da acusação fiscal, quanto dos levantamentos às fls. 125 a 148, verifica-se que o autuante constatou ausências dos Registros 54 e 74 nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado. Contudo, o autuante não procedeu a intimação na forma regulamentar, de forma a fornecer ao autuado os relatórios detalhados dessas inconsistências, bem como de intimá-lo, cientificando-o do prazo de 30 dias para que fossem realizadas as necessárias correções.

Observa-se, à fl. 10 dos autos, a existência da intimação ao contribuinte para “*apresentação de informações em meio magnético*”, no prazo de cinco dias úteis, recebida em 21/09/2011, a qual foi

atendida em 24/09/2011, consoante provam os documentos às fls. 126 a 148 dos autos, com a apresentação dos aludidos arquivos magnéticos, nas quais, a partir deles, restou comprovada a omissão dos Registros 54 e 74. Porém, sem atender ao quanto previsto na legislação, o autuante lavrou o Auto de Infração em 29/09/2011, sob a acusação de que os arquivos magnéticos foram apresentados com omissão dos registros obrigatorios nº 54 e 74.

Assim, por ficar comprovada a ausência de requisitos fundamentais à manutenção da infração, em razão da falta da listagem diagnóstico e da intimação para no prazo de trinta dias corrigir as inconsistências verificados nos arquivos magnéticos, vícios insanáveis, a oitava infração é NULA.

Por fim, quanto ao pleito do sujeito passivo para que esta corte aprecie sua intenção de liquidar o débito consignado neste Auto de Infração com a utilização de saldo credor existente em 31/12/09, no total de R\$ 116.357,05, nos termos do art. 108-A, I, “b”, item “3”, do RICMS/BA, há de se esclarecer que o contribuinte deve cumprir rito processual próprio, conforme estabelecido no § 3º do citado dispositivo legal, obtendo autorização do inspetor fazendário do domicílio do contribuinte, observado o disposto nos incisos I, II, IV e V do § 4º deste artigo, a saber:

- I. na petição do interessado deverá constar a indicação do fim a que se destina o crédito fiscal, bem como o valor a ser utilizado;
- II. fica condicionada ao exame fiscal quanto à existência e regularidade do crédito acumulado e à informação dos respectivos saldos na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) apresentada pelo contribuinte;
- III. uma vez deferido o pedido, será expedido certificado de crédito do ICMS, nos termos do art. 961.
- IV. após expedição do certificado, o contribuinte emitirá nota fiscal para dedução do saldo existente no Registro de Apuração do ICMS de uso especial;

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 110.294,54, após considerar nula a oitava 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 147365.0161/11-0, lavrado contra **ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.111,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “e”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$5.183,02**, prevista no inciso XI, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA