

A. I. Nº - 206935.0022/11-7
AUTUADO - DISBEB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BATISTI LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 25.05.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-04/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO. **a.1)** NOTAS FISCAIS. Infração caracterizada. **a.2)** DMA. **a.2.1)** APRESENTAÇÃO COM DADOS INCONSISTENTES COM OS LIVROS FISCAIS. Valor reduzido por exclusão da penalidade proposta para mês em que não houve apresentação de DMA. Infração parcialmente subsistente. **a.2.2)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. Valor reduzido por exclusão de penalidade proposta para meses em que houve apresentação de DMA. Infração parcialmente subsistente. **a.3)** LIVROS FISCAIS. **a.3.1)** FORA DO PADRÃO LEGAL. Infração não elidida. **a.3.2)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO LIVRO RUDFTO. Infração caracterizada. **a.3.3)** LIVRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. a)** ENTREGA VIA INTERNET COM OMISSÃO DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS SAÍDAS OU ENTRADAS, O MAIOR. Comprovado que o contribuinte foi regularmente intimado para correção das inconsistências e não as corrigiu. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ENTREGA MEDIANTE INTIMAÇÃO. **b.1)** MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS SAÍDAS OU ENTRADAS, O MAIOR. Infração caracterizada. **b.2)** MULTA CUMULATIVA DE R\$ 1.380,00 POR OCORRÊNCIA. Valor reduzido em face de exclusão da penalidade proposta para as ocorrências anteriores a 28/11/2007, por falta de previsão legal. Infração parcialmente subsistente. **3. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO INDEVIDO. a)** UTILIZAÇÃO SEM APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Não há nos autos prova do alegado extravio dos documentos nem prova da informação da ocorrência como prevista na legislação. A mera escusa não elide a infração. O livro RAICMS prova contra o contribuinte. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. **b.1)** VALOR DECLARADO EM DMA. **b.2)** OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **c)** RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES REGISTRADOS NO REGISTRO DE ENTRADA DE MERCADORIAS E OS LANÇADOS NO LRAICMS. Infrações não elididas. **d)** FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não há nos autos prova do alegado extravio dos documentos nem prova da informação da ocorrência como prevista na legislação. A mera escusa não elide a infração. O livro RAICMS prova contra o contribuinte. Infração caracterizada.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 15/12/11, para exigir o valor histórico de R\$ 4.668.396,56, em razão das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa de R\$ 1.380,00.

Consta referir-se à falta de apresentação das notas fiscais de entradas e saídas referentes ao período janeiro 2007 a dezembro 2010, no prazo determinado, causando empecilho à ação fiscal.

Infração 02 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$ 5.600,00. Período: maio a agosto 2010.

Consta referir-se a divergências entre os valores informados nas DMA's e os registrados no livro de apuração do ICMS, com base nos relatórios declarados e fornecidos.

Infração 03 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$ 3.220,00. Período: setembro e dezembro 2007, abril, setembro a dezembro 2010.

Consta referir-se a falta de cumprimento de obrigação acessória referente aos meses abril, setembro a dezembro 2010.

Infração 04 – Utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou encadernação estabelecidas no RICMS-BA. Multa de R\$ 50,00.

Infração 05 – Deixou de apresentar livro(s) fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa de R\$ 460,00.

Consta referir-se à falta de apresentação dos livros Diário e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência – RUDFTO, de 2009/2010.

Infração 06 – Forneceu arquivo(s) magnético(s), enviado(s) via Internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Multa de R\$ 81.604,75. Período: dezembro 2007, janeiro a dezembro 2008 e janeiro a abril 2009.

Consta que a multa foi apurada através de levantamento dos valores registrados no livro de apuração do ICMS, comparados com os dados e informações fornecidos por meios eletrônicos, conforme planilhas anexas.

Infração 07 – Deixou de escriturar livro(s) fiscal(is); Multa de R\$ 460,00.

Consta referir-se a livro Registro de Inventário de Mercadorias no prazo regulamentar, relativo ao exercício 2009/2010.

Infração 08 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 133.733,88. Período: maio a novembro 2007, maio a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010.

Consta que a multa foi apurada através de levantamento dos valores registrados no livro de apuração do ICMS, comparados com os dados e informações fornecidos por meios eletrônicos através do programa Validador/Sintegra, conforme planilhas anexas.

Infração 09 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo. Multa de R\$ 37.260,00. Período: maio a novembro 2007, maio a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010.

Consta que o valor da multa foi apurado através de levantamento dos valores registrados no livro de apuração do ICMS e DMA. Infração detectada através do sistema SCAM da SEFAZ, que registra os arquivos recebidos, conforme relatórios informativos anexos.

Infração 10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valor: R\$ 824.836,32. Período: maio a dezembro 2007, janeiro a dezembro 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010.

Consta referir-se a ICMS de origem não comprovada com apresentação dos respectivos documentos fiscais que deram origem ao imposto pago na operação anterior, com montante apurado por meio de auditoria da conta corrente do ICMS e auditoria do crédito fiscal, com base nos registros efetuados nos livros fiscais de apuração do ICMS, registro de entradas e registro de saídas de mercadorias tributáveis.

Infração 11 – Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar(es) o imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Valor: R\$ 2.554,79. Período: janeiro, maio e julho 2008;

Infração 12 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor: R\$ 34.131,23. Período: janeiro a dezembro 2007 e janeiro a dezembro 2008.

Infração 13 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 23,90. Período: fevereiro 2008.

Consta que o valor foi apurado através de auditoria da conta corrente do ICMS, com base nos valores registrados nos livros fiscais Registro de Apuração do ICMS, Registro de Entradas e Saídas de mercadorias.

Infração 14 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 3.543.081,69. Período: maio a dezembro 2007, janeiro a dezembro 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010.

Consta referir-se a saídas de mercadorias registradas nos livros fiscais de apuração do ICMS, registro de entradas e saídas de mercadorias e também declaradas nas DMA's como isentas/não tributáveis e/outras, sem documentação que comprove a natureza destas operações, através da apresentação dos respectivos documentos fiscais que as deram origem, com o montante apurado por meio de auditoria da conta corrente do ICMS e auditoria em documentos e lançamentos fiscais, com base nos registros efetuados nos livros fiscais de apuração do ICMS, registro de entradas e saídas de mercadorias.

Cientificado do lançamento, o contribuinte o impugnou às fls. 919/933 do PAF, com os seguintes argumentos:

Infração 01: Diz que as notas fiscais foram extraviadas, conforme dito ao autuante durante a fiscalização, inclusive com ocorrência policial que informa anexar.

Infração 02: Diz que os dados das DMA's estavam corretos, pois a incorreção apontada é mero juízo de valor do autuante, pois a empresa apenas revende bebidas sujeitas à substituição de ICMS pelo fabricante (refrigerantes e cervejas). Tudo isso dito ao autuante, conforme notas fiscais eletrônicas e dados do Sintegra a ele apresentados.

Infração 06: Fala que a empresa apresentou os arquivos do SINTEGRA em data pertinente. Tudo conforme a legislação e orientação da SEFAZ. Entretanto, alertou ao autuante que a empresa estava nesse período implantando sistema eletrônico de emissão de notas e que os dados estavam sujeitos a erros, mas como suas operações são tributadas na fonte por substituição tributária, os valores tomados por base de cálculo das multas inexistem, vez que os mesmos não estariam compondo a base de cálculo.

Infração 07: Diz que as notas fiscais foram extraviadas, conforme dito ao autuante durante a fiscalização, inclusive com ocorrência policial que informa anexar.

Infração 08: Fala que de 2007 a 2010 a empresa apresentou os arquivos do SINTEGRA em data pertinente. Tudo conforme a legislação e orientação da SEFAZ. Entretanto, alertou ao autuante que a empresa estava nesse período implantando sistema eletrônico de emissão de notas e que os dados estavam sujeitos a erros, mas como suas operações são tributadas na fonte por substituição tributária, os valores tomados por base de cálculo das multas inexistem, vez que os mesmos não estariam compondo a base de cálculo.

Infração 09: Repete a mesma alegação dada para a infração 08.

Infração 10: Afirma que a empresa possui escrituração fiscal pertinente ao período fiscalizado, Entretanto a autoridade fiscal baseou-se, tão somente, pela falta dos documentos, em face da ocorrência já dita, na geração de juízo de valor, pois, por diversas vezes, disse que a operação da empresa não gerava débito de ICMS por encerramento de tributação na fonte, conforme arquivos magnéticos e outros dados apresentados ao autuante.

Aduz que durante a fiscalização foi constatado pela sua central de processamento de dados, que havia falha de digitação no registro de entradas das mercadorias referente a produtos sujeitos à substituição tributária. Entretanto, apesar da informação no SINTEGRA haver lançamento a crédito, a empresa em nenhum momento se utilizou do mesmo para abster-se do recolhimento do ICMS e que bastava o autuante solicitar o restante dos documentos fiscais, tais como: livros de apuração do ICMS, DMA's, Diário, etc., para isso concluir.

Ressalta que a empresa distribui bebidas adquiridas de um único fornecedor: NORSA REFRIGERANTES COCA-COLA, e o único produto sem a incidência de substituição tributária é o "Suco Mais", que pouco comercializa pelas características da região.

Infração 14: Alega que a empresa possui escrituração fiscal pertinente ao período fiscalizado. Entretanto, o autuante se baseou, tão somente, na apuração por analogia para aferição do crédito tributário, mesmo de posse da informação de que a operação da empresa em relação ao ICMS se dava por meio de substituição tributária, qual seja a revenda de bebidas como refrigerantes e cervejas.

Ressalta na defesa para essa infração a mesma constatação de falhas constatadas pela sua central de processamento de dados já relatada na defesa da infração 10 e aduz ser tormentoso saber que para simplesmente autuar e arrecadar, a autoridade fiscal passou por cima de princípios que devem estar sempre à frente de qualquer ação de um servidor público, principalmente o da ampla defesa e do contraditório, pois o autuante não notificou a empresa para esclarecer tal lançamento. Transcreve doutrina de Leonardo Ribeiro Passos sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 954/956, na mesma ordem sequencial da impugnação.

Infração 01: Justifica a multa sob o argumento de que cabia ao autuado zelar pela guarda dos documentos fiscais no prazo decadencial e porque o autuado não atendeu às diversas intimações (fls. 23/24 e 29/31). Ademais, quanto ao alegado extravio, o contribuinte não cumpriu o estabelecido na legislação, comunicando o fato à SEFAZ, juntamente com os dados dos valores totais das operações de entradas e saídas contabilizadas.

Infração 02: Diz não ser relevante que o impugnante lhe tenha informado existência de erros ou divergências nas informações prestas nas DMA's, pois o que importa é a apuração das incorreções e divergências na ação fiscal, como se vê nos relatórios de fls. 32 a 43 do PAF e como a DMA é apresentada mensalmente, propôs a penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 06: Repete a irrelevância da informação de existência de erros ou divergências que lhe tenha sido dada e de reformulação do programa Validador/Sintegra, pois isto não serve para justificar os erros e distorções apurados na ação fiscal.

Também diz que o fato das mercadorias serem de substituição tributária não ampara os erros nas informações fornecidas, visto que os totais das informações estão distorcidos. Aduz que essas simples alegações não elide a infração.

Infração 07: Informa que, embora o autuado tenha confundido o “Livro Registro de Inventário” com “notas fiscais”, repete a alegação de extravio falando em uma suposta ocorrência policial anexada, porém não a vê no PAF. Mantém a penalidade proposta.

Infração 08: Repete a informação já prestada em relação à infração 06.

Infração 09: Mantém a multa proposta cumulativamente pela falta de transmissão dos arquivos via Internet, não concordando com a justificativa relatada pelo impugnante de que este lhe tenha informado existência de erros e divergências constatadas pelo seu CPD.

Infração 10: Fala que embora o impugnante diga que possui escrita fiscal relativa ao período fiscalizado; que as operações de saída não geram débito de ICMS por serem de mercadorias substituídas, seus argumentos não procedem, pois não apresentou os documentos fiscais que suportam a escrituração dos livros e informações econômico-fiscais para provar a regularidade fiscal. Entende inadmissível que o autuado use créditos fiscais de operações de entradas sem comprovação documental para se beneficiar de não pagamento de imposto na saída das mercadorias, pois isso é uma esdrúxula situação por implicar em impossibilidade de controle da regularidade fiscal pelo fisco, contrariando as disposições dos artigos 91 e 92 do RICMS-BA. Mantém a glosa dos créditos fiscais lançados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Infração 14: Diz que o impugnante levanta os mesmos argumentos dados à infração 10, mas que esses são absurdos porque visitou e intimou a empresa por cinco vezes (fls. 23, 24, 29, 30 e 31), contatou por telefone o sócio gerente e seu contador várias vezes para que os livros e documentos fiscais lhe fossem entregues no sentido de conferir a base de sustentação dos lançamentos nos livros, mas não foi atendido. Assim, ele, autuante, tributou as saídas atribuídas como não tributáveis conforme planilhas de fls. 68/69. Enfatiza que a simples notícia ou comunicado verbal de operações realizadas não possui relevância tributária nem nada comprova, pois os registros emanam das notas fiscais, razão pela qual não aceitou os registros de saídas de mercadorias sem tributação. Transportou os totais mensais para apuração do ICMS devido no livro de Apuração do ICMS.

Conclui mantendo a autuação e dizendo que as infrações 03, 04, 05, 11, 12 e 13 não foram contestadas.

VOTO

Não há protesto quanto aos aspectos formais do procedimento fiscal e vejo que o mesmo atende às normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, II e III, 28, I e II, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme recibo de fl. 192. Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentados pelo próprio contribuinte. Assim, na análise do PAF, não vislumbro qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício.

Tendo em vista que a impugnação não trata sobre as infrações 04, 05, 11, 12 e 13, e por nada ter a reparar quanto ao aspecto formal do lançamento tributário em questão, aplicam-se sobre elas as disposições dos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, devendo, portanto, ser mantidas.

Infrações procedentes.

Para a infração 01, que traz proposta de multa pela falta de apresentação das notas fiscais de entradas e saídas do período janeiro 2007 a dezembro 2010 quando intimado nos termos de fls. 29, 30, 31 e 23 dos autos, o autuado se limitou a repetir a informação que disse já houvera dado ao autuante, qual seja, a alegação de extravio das notas fiscais e, embora tenha afirmado, não juntou

aos autos cópia da ocorrência policial em que disse ter registrado o fato, nem qualquer comprovação do dito extravio.

Analisando o caso vejo que o autuado, além de fugir do ônus probatório que lhe compete, se verdade for sua alegação, não procedeu como indicado no art. 146 do RICMS-BA: I - comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias do ocorrido; II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

A não observação do quanto disposto no artigo citado ou o não atendimento de intimação solicitando exibição de livros e documentos fiscais pode sujeitar o contribuinte ao arbitramento do montante das operações pelo fisco para efeito de tributação (RICMS, art. 146, §1º).

Dentre as obrigações de natureza tributária do contribuinte está a de exhibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com sua condição de contribuinte (RICMS-BA, arts. 140, IV e 934, §1º) e a não exibição de livro ou documento fiscal ao fisco quando intimado, além de poder sujeitar o contribuinte ao arbitramento da base de cálculo para efeito de tributação conforme traçado linhas acima, sujeita o contribuinte à penalidade por descumprimento da obrigação acessória como prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, qual seja: a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido; b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente; c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes.

Nesse caso, a primeira intimação se deu em 07/07/11, a segunda em 27/07/11, a terceira em 20/08/11 e a quarta em 03/10/11 (fls. 29, 30, 31 e 23, respectivamente). Embora já sendo passível de penalidade pelo não atendimento das anteriores intimações fiscais, o lançamento tributário em lide propõe apenas multa de R\$ 1.380,00, em face da não exibição dos documentos fiscais pedidos na quarta intimação fiscal. Portanto, caracterizada a infração, a multa deve ser mantida.

Infração procedente.

A infração 02 se refere a multa por declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais em DMA's, apresentadas mensalmente no período fiscalizado.

O autuado se defende dizendo que os dados das DMA's estavam corretos, pois a incorreção apontada é mero juízo de valor do autuante uma vez que a empresa apenas revende bebidas sujeitas à substituição de ICMS pelo fabricante (refrigerantes e cervejas).

Essa infração está demonstrada às fls. 34, 40 e 43. Resultam da confrontação dos dados contidos nas DMA's do período autuado (fls. 71 a 157) com os registrados nos livros fiscais do autuado (fls. 152 a 915), transcritos nos demonstrativos de fls. 32 a 43. Portanto, as divergências constatadas e que constituem o fato gerador da penalidade não redundam em mero juízo de valor do autuante como alega o impugnante. Entretanto, embora observe que a penalidade foi corretamente proposta apenas para os períodos em que se constatou divergência nas informações econômico-fiscais, como prevista no art. 42, XVIII da Lei nº 7.014/96, a penalidade proposta para a ocorrência de 30/04/2010 não subsiste porque a DMA do período não foi apresentada, como o próprio autuante ratifica mediante a correspondente penalidade proposta para esse caso na infração 03. Assim, a penalidade dessa infração subsiste no valor de R\$ 5.460,00.

Infração procedente em parte.

Embora o contribuinte não tenha se manifestado quanto à infração 03 que exige multa pela falta de apresentação de DMA, observo que as ocorrências de 30/09/2007 e 31/12/2007 não subsistem porque essas DMA's constam às fls. 81 e 87 dos autos. Assim, reduzo a penalidade para R\$ 2.300,00, em face da exclusão dessas ocorrências.

Infração procedente em parte.

A infração 06 se refere a multa por fornecimento de arquivo(s) magnético(s) via Internet com omissão de operações ou prestações.

O impugnante disse que apresentou os arquivos do SINTEGRA em data pertinente, conforme a legislação e orientação da SEFAZ. Entretanto aduz ter alertado o autuante que no período estava implantando o sistema eletrônico de emissão de notas e que os dados estavam sujeitos a erros, mas como suas operações são tributadas na fonte por substituição, os valores tomados por base de cálculo das multas inexistem, vez que os mesmos não estariam compondo a base de cálculo.

A exemplo da infração 02, a 06 está demonstrada às fls. 44, 45 e 46. Resulta de divergência de dados dos arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária (RICMS-BA: art. 708-B) com os constantes nos documentos fiscais, no caso, os dados registrados no livro de Apuração do ICMS (fls. 195 a 373).

Conforme recibo de fl. 25, o contribuinte foi intimado (fl. 24) para correção das inconsistências na forma prevista no item 5.2 da Orientação Técnica DPF 3005/05, com entrega de cópia da listagem diagnóstico que se encontra nos autos às fls. 26 a 28 e 47 a 49.

O § 5º do art. 708-B do RICMS-BA reza que o contribuinte terá 30 dias, contados do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Tendo em vista que o autuado recebeu a citada intimação em 03/10/11, o auto de infração foi lavrado em 15/12/11 e a impugnação apresentada em 17/01/12, vê-se que entre a intimação para correção dos arquivos e a lavratura do AI transcorreu-se 73 dias e da intimação para a impugnação 106 dias sem que o contribuinte tenha efetuado a correção indicada. Logo, caracterizada está a infração e a penalidade no valor proposto deve ser mantida por ser a específica para o caso. Ressalto que o fato de as mercadorias serem ou não sujeitas ao regime de substituição tributária não repercute nessa infração, pois a multa se refere à omissão ou divergências de dados dos arquivos magnéticos com os constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Infração procedente.

A infração 07 se refere a multa por falta de escrituração do livro Registro de Inventário de Mercadorias. Na defesa, como fez para a infração 01, o autuado, informando a juntada de ocorrência policial, apenas alegou o extravio das notas fiscais.

Apreciando o caso, observo de início que, como acentuado na informação fiscal, a infração se refere a multa por não escrituração de livro fiscal e não por não apresentação de notas fiscais.

Entendendo que a atitude impugnatória consiste em mera recusa do autuado em comprovar a escrituração do livro Registro de Inventário subsumindo-se, portanto, na situação prevista no art. 142 do RPAF, tendo em vista a similaridade, empresto ao caso o fundamento dado na apreciação da infração 01, preservando a penalidade proposta por ser a pertinente ao caso.

Infração procedente.

A infração 08 se refere a multa por falta de entrega de arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas e a impugnando, o autuado simplesmente repetiu a alegação dada à infração 06, qual seja, que apresentou os arquivos do SINTEGRA e alertou que os arquivos estavam sujeitos a erros, mas como suas operações são tributadas na fonte por substituição tributária, os valores tomados por base de cálculo das multas inexistem, vez que os mesmos não estariam compondo a base de cálculo.

Como efetuado na apreciação da infração 07, dada à semelhança da situação fática tendo em vista diferenciar da infração 06 por aquela se referir à entrega de arquivos com dados divergentes enquanto esta penalidade decorre da falta de entrega de arquivos magnéticos relativos aos períodos de ocorrência, empresto a esta infração a fundamentação dada na apreciação da infração 06, observando que ela resta claramente demonstrada nas planilhas de fls. 50 a 52.

Infração procedente.

A infração 09 decorre da falta de entrega de arquivo magnético via internet, nos prazos previstos na legislação. Ela é a mesma infração 08, sendo que o valor aqui exigido é a penalidade fixa de R\$1.380,00 prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, que deve ser aplicada, cumulativamente com a multa da infração 08. Caracterizada aquela infração, esta também está. Entretanto, considerando que a penalidade proposta para as ocorrências do período 31/05/07 a 30/10/07 perdeu efeitos em 10/02/05 e que a penalidade prevista na alínea “j” do artigo e lei citados foi introduzida no ordenamento tributário pela Lei 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/07, somente esta deve prevalecer para as ocorrências do período 30/11/07 a 31/12/10. Portanto, a infração resta parcialmente subsistente.

Infração procedente em parte.

A infração 10 se refere a uso indevido de crédito fiscal de ICMS, glosado por falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Sem protestar os valores exigidos nem apontar inconsistência nos seus dados, o autuado contestou a infração apenas afirmando que embora a empresa possua escrituração fiscal, o autuante baseou-se, tão somente, pela falta dos documentos, em face do extravio já informado, portanto, segundo ele, sob mero juízo de valor, pois a atividade da empresa não gerava débito de ICMS em face do encerramento de tributação na fonte, conforme arquivos magnéticos e outros dados apresentados. Aduziu que durante a fiscalização constatou que havia falha de digitação no registro de entradas das mercadorias referente a produtos sujeitos à substituição tributária, mas apesar de ter informado lançamento do crédito fiscal não se utilizou do mesmo para abster do recolhimento do ICMS e que bastava o autuante solicitar o restante dos documentos fiscais, tais como: livros de apuração do ICMS, DMA's, Diário, etc., para isso concluir.

Por sua vez, o autuante informou que embora o impugnante diga que possui escrita fiscal relativa ao período fiscalizado; que as operações de saída não geram débito de ICMS por serem de mercadorias substituídas, seus argumentos não procedem, pois não apresentou os documentos fiscais que suportam a escrituração dos livros e informações econômico-fiscais para provar a regularidade fiscal.

Essa infração resulta de apuração por auditoria da conta corrente do ICMS e do crédito fiscal suportada nos demonstrativos de fls. 55, 59, 64 e 67, cujos dados foram extraídos dos registros informados pelo próprio contribuinte, mas sem comprovação dos documentos fiscais de origem dos créditos quando regularmente intimado para tanto. Nos citados demonstrativos se vê débitos de ICMS e compensação de créditos lançados na apuração do saldo mensal do imposto, o que contraria o argumento defensivo de a empresa operar tão somente com mercadorias submetidas à substituição tributária com fase de tributação encerrada em etapa anterior e de que não utilizou o crédito lançado para abster de recolhimento do imposto devido.

O capítulo XI do RICMS-BA, compreendendo os art. 91 a 110 é que cuida do crédito fiscal.

Já nas disposições preliminares, o art. 91 dispõe que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, sendo que para efeitos dessa condição, considera-se: I - documento fiscal idôneo o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto; II - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada mediante aplicação da alíquota sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do tributo; III - situação regular perante o fisco, a do contribuinte que, à data da operação ou prestação, estiver inscrito na repartição fiscal competente, se encontrar em atividade no local indicado e possibilitar a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais declarados ao fisco (art. 92).

Seguindo, os arts. 93 a 96, taxativamente, ditam e limitam as diversas hipóteses de utilização do crédito fiscal. O art. 97 trata das hipóteses em que mesmo havendo destaque de ICMS em nota fiscal de entrada, veda-se a utilização do imposto como crédito fiscal. O art. 98 trata da **vedação** de crédito fiscal para estabelecimento de outro contribuinte; o art. 100 das hipóteses em que o crédito fiscal deve ser estornado; os arts. 101 e 102 cuidam da escrituração, estorno de crédito fiscal e da sua utilização extemporânea. Os arts. 103 a 105 dispõem as hipóteses de manutenção do crédito fiscal, sendo que o 103 trata da manutenção do crédito nas saídas imunes ou com não incidência de ICMS, o 104 cuida do crédito a ser mantido por conta das saídas com isenção do imposto e o 105 da manutenção nas saídas com redução da base de cálculo do imposto. Os arts. 106, 108-A e 109, tratam do crédito fiscal acumulado, sendo que o 106 o define e taxa as suas hipóteses, o 108-A especifica sua utilização e o 109 orienta a escrituração desse crédito.

Pois bem, mesmo que todo o procedimento acerca do ICMS com vista ao cumprimento das obrigações principais e acessórias sejam atribuídas ao contribuinte por lei - em especial quanto à sua apuração mensal que, no regime de conta-corrente fiscal por débito e crédito pode resultar em valor a recolher ou crédito fiscal a ser acumulado -, todo esse procedimento está sujeito à homologação pelo sujeito ativo tributário dentro do prazo decadencial de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao do lançamento pelo contribuinte (art. 28 da Lei 3.956/81 - COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia).

Ora, tal homologação mediante fiscalização da escrituração desse imposto é uma atividade vinculada às normas próprias e, obviamente, só ocorre mediante a prova documental correspondente que deve ser cuidadosamente preservada pelo contribuinte ao menos enquanto não transcorrido o período decadencial, de modo a atestar a verdade material da regular escrituração fiscal. Nesse caso, como já expus nas apreciações das anteriores infrações, os autos registram diversas intimações fiscais requisitando as necessárias e indispensáveis provas visando à homologação dos valores do ICMS registrado pelo contribuinte nos livros fiscais, tendo este se escusado do seu ônus probatório mediante a mera alegação de extravio dos documentos fiscais sem juntar prova da alegada ocorrência nem ter se portado como a legislação tributária lhe obriga em tal situação. Assim, por tratar-se de fonte de prova processual, nestas circunstâncias convém observar um ponto importante. O que está escrito no livro de Apuração do ICMS do empresário, em tese, prova contra seu titular. Neste sentido determina o código civil no seu artigo 226 que os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco.

Por outro lado, para a utilização de livro fiscal ou contábil como força probante em favor do seu titular se faz necessário o cumprimento de todas as formalidades legais, especialmente no que diz respeito à sua escrituração que deverá ser fundamentada em documentos hábeis. Neste particular, a lei não conferiu ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Abstendo-se de demonstrar a verdade através do singelo ato da não apresentação dos elementos probatórios, ocorre o acatamento dos procedimentos fiscais realizados. Neste caso, sua inação lhe prejudica. Portanto, considerando que nesse caso, o livro Registro de Apuração do ICMS prova contra o contribuinte, vejo caracterizada a infração, que resta, subsistente.

Com base nos elementos colhidos no processo, verifico que, conforme demonstrativo de fl. 55, o autuante transportou os valores dos créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e não tendo o contribuinte apresentado as notas fiscais de entrada para comprovar a legitimidade dos créditos, considerou esses créditos como indevidos. O Autuado alegou que os documentos foram extraviciados sem provar suas alegações.

Tomando como exemplo o mês julho/07, a cópia do livro RICMS de fl. 207, indica crédito fiscal de R\$ 2.101,81, valor este que levado ao demonstrativo de fl. 55. Considerando que o autuado não trouxe aos autos qualquer documento probatório desses créditos lançados em sua escrita, caracterizada está a infração.

Infração procedente.

A infração 14 acusa o contribuinte de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Tem suporte nos demonstrativos de fls. 68 e 69, também com dados extraídos dos registros do autuado no livro RAICMS e se referem à tributação sobre os valores lançados e declarados como vendas de mercadorias isentas/não tributáveis e/outras, sem documentação que comprove a natureza destas operações, através da apresentação dos respectivos documentos fiscais que as deram origem, com o montante apurado por meio de auditoria da conta corrente do ICMS e auditoria em documentos e lançamentos fiscais, com base nos registros efetuados nos livros fiscais de apuração do ICMS, registro de entradas e saídas de mercadorias.

Tomando como exemplo o mês maio/07, no demonstrativo de fl. 68, o autuante transportou o valor de R\$ 472.058,28, registrado no livro RAICMS (fl. 197), aplicou a alíquota interna 17% e exigiu o imposto sobre essa saída.

Para essa infração, também sem contestar seus valores nem indicar inconsistências no levantamento fiscal, o autuado apenas repete o argumento defensivo dado à infração 10, qual seja extravio das notas fiscais e que as mercadorias estão submetidas ao regime de ST. Por sua vez, o autuante informa que a despeito de o ter intimado por cinco vezes (fls. 23, 24, 29, 30 e 31), estabelecido contato telefônico com o sócio gerente e seu contador também por várias vezes para que os livros e documentos fiscais lhe fossem entregues no sentido de conferir a base de sustentação dos lançamentos nos livros, não foi atendido.

Neste caso, para fazer prova de que as mercadorias tiveram o imposto total em fase anterior, caberia ao impugnante ao menos providenciar cópia das notas fiscais junto aos fornecedores para provar o alegado.

Considerando também a semelhança dessa infração com a infração anteriormente apreciada (infração 10), cuja base de tributação é a falta de comprovação regular das vendas lançadas sem tributação, evitando desnecessária repetição, empresto nesta apreciação a mesma fundamentação exposta para a infração 10, para, também, tomá-la como subsistente, devendo, portanto, ser integralmente mantida.

Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0022/11-7**, lavrado contra **DISBEB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BATISTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para recolher o imposto no valor total de **R\$ 4.404.627,93**, acrescido de multas de 50% sobre R\$ 2.578,69 e de 60% sobre R\$ 4.402.049,24, previstas no art. 42, incs. I, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 254.428,63**, previstas nos incisos XX, XVIII. “c”, XV, “h”, XXII, XIII-A, “i”, XV, “d” e XIII-A, “j”, do artigo e lei citados, mais os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR