

A. I. N° - 279102.0004/12-4
AUTUADO - PEDRO NUNES SOARES
AUTUANTE - PÉRICLES ROCHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 07/03/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0042-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos pelo autuante, deduzindo os pagamentos efetuados antes da ação fiscal. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Infração subsistente. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. INFORMAÇÕES PRESTADAS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. MULTA. De acordo com os elementos constantes nos autos, houve entrega de arquivos magnéticos contendo informações com omissão de operações ou prestações constantes nos documentos fiscais. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, refere-se à exigência de R\$67.356,02 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$61.269,16. Multa de 60%.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Falta de estorno proporcional dos créditos interestaduais dos produtos cujas saídas internas se dão com redução de base de cálculo, com a carga tributária equivalente a 7%. Valor do débito: R\$6.086,86. Multa de 60%.

Infração 03: Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, 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, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Valor do débito: R\$24.116,19.

O autuado apresentou impugnação às fls. 61 a 70. Preliminarmente, transcreve os arts. 8º, § 3º; 41, II e 46 do RPAF/BA. Alega que recebeu o Auto de Infração com o demonstrativo de débito e CD-R com três arquivos digitais gravados em formato de planilha. Diz que é direito do autuado ter e conhecer todas as peças do Auto de Infração. Requer a entrega de todos os elementos constantes do Auto de Infração, nos termos do art. 46 c/c o art. 8º, § 3º do RPAF, com reabertura do prazo de defesa. Quanto ao mérito, em relação àquilo que conseguiu observar nos elementos que lhe foram entregues, o defendente alega constatou a existência de produtos que não estavam sujeitos à substituição tributária à época dos fatos, conforme quadro que elaborou. Também alega que não foram considerados os recolhimentos de ICMS referentes aos códigos de receita 1145 e 1187, conforme planilhas às fls. 63/64 do PAF.

Quanto à infração 02, o defendente alega a existência de produto com tributação integral, sem previsão de estorno de crédito. Diz que nos arquivos Sintegra apresentados os produtos indicados pelo autuante e sujeitos a estorno de crédito tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida pelas entradas, de forma a reduzir a parcela do crédito de ICMS a ser apropriado, conforme os registros tipo 54 presentes nos arquivos Sintegra.

Em relação à infração 03, o defendente alega que as omissões estão relacionadas à ausência de registros fiscais do tipo 54 nos arquivos Sintegra dos meses de janeiro a abril de 2008. Informa os valores constantes nos registros tipo 50 e os valores que deveriam ter sido informados nos registros tipo 54, apresentando o entendimento de que a multa deveria ser de 5% dos valores não informados. Na hipótese de a preliminar ser ultrapassada, requer a realização de diligências para sanar as irregularidades apontadas, com base no disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 74, dizendo que anexou aos autos mídia eletrônica CD-R, contendo os seguintes demonstrativos: Novo Demonstrativo de Débito; Novo Demonstrativo da Antecipação Total; Novo Demonstrativo do Estorno de Crédito; Demonstrativo do Conteúdo das Notas Fiscais relacionadas no Estorno de Crédito (dados do Sintegra).

O autuado foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 80 a 83, repetindo a preliminar apresentada. Diz que recebeu, além da intimação, somente um CD-R contendo os arquivos digitais gravados. Alega que em relação à infração 01 não foram considerados os pagamentos efetuados com o código de receita 1187. Quanto à infração 02, afirma que persiste a existência de produtos com tributação integral, sem previsão de estorno de crédito. Também repete as alegações defensivas quanto à infração 03 e elabora planilha indicando os valores que deveriam ser informados nos registros tipo 54. Diz que, com base nas informações contidas nos arquivos Sintegra e na ausência do registro 54, nos meses de janeiro a abril de 2008, a multa deve ser calculada com base nas omissões, limitando-se a 1% das saídas. Requer a nulidade do Auto de Infração, e pede a realização de diligência saneadora, com reabertura do prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 88 a 95 dos autos, dizendo que após acatar algumas alegações constantes da defesa do autuado, foram elaborados novos demonstrativos, os quais ensejaram ciência e reabertura de prazo para nova manifestação do autuado. Informa que foram fornecidas ao defendente, em papel, cópias do Auto de Infração em si e do seu

demonstrativo de débito; e “três arquivos digitais”, que são na verdade os 3 demonstrativos que instruem respectivamente cada uma das infrações, em mídia CD-R. Diz que os demonstrativos contendo todos os dados a respeito das exigências fiscais são suficientes e necessários ao exercício do pleno exercício do direito de defesa. Também informa que ao Auto de Infração foram apensados arquivos eletrônicos contendo os livros fiscais do autuado, fornecidos à Fiscalização, mediante intimação. As demais laudas componentes do PAF são intimações feitas ao impugnante para que corrigisse arquivos Sintegra enviados à SEFAZ; relatórios extraídos dos dados enviados eletronicamente à SEFAZ pelo próprio autuado; declarações mensais e apuração do ICMS consolidadas; relatório de arquivos magnéticos recepcionados; e relatórios de arrecadação. Esclarece que, se forem esses os supostos elementos que o autuado afirma não ter recebido, são todos compostos de dados apurados e informados pelo próprio defendente à SEFAZ.

O autuante afirma que no caso concreto, percebe-se que ao postular a entrega dos imaginários “elementos” e mais prazo para defesa, falta ao impugnante uma das condições da ação previstas no Código de Processo Civil, cujas regras são aplicáveis ao processo administrativo fiscal, qual seja, o interesse de agir, haja vista que, os tais “elementos” já estão na sua posse e só estão constando no Auto de Infração porque a Fiscalização tomou conhecimento deles, justamente devido ao fato de o requerente os ter enviado à SEFAZ. Diz que neste caso, a sua exigência configura retórica jurídica inócua, restando evidente a falta do interesse de agir do autuado. O autuante entende que o pedido feito em preliminar deve ser indeferido.

Quanto ao mérito da infração 01, o autuante informa que reconheceu razão ao pleito contido no item a.1 da defesa (fl. 62 do PAF), sendo efetuadas as seguintes exclusões no demonstrativo da antecipação tributária: a) uma linha que continha “café cappuccino 200 gr plástico” oriundo da Paraíba, com recebimento em 27/10/2009 e valor de antecipação a recolher de R\$ 267,54; b) outra linha que continha o produto “embutido coz. carne bovino kg”, oriundo de São Paulo, com recebimento em 27/08/2008 e valor de antecipação a recolher de R\$ 169,81; c) várias linhas que continham vinhos com recebimento no ano de 2009 e valor total de antecipação a recolher de R\$ 2.812,91.

Em relação ao item a.2 da defesa (fl. 63) disse que abateu um recolhimento com código de receita 1145 (ICMS Antecipação Tributária Produtos do Anexo 88 do RICMS/97) feito em 30/01/2007 ref. JAN/2007, no valor de R\$ 29,58; e três recolhimentos com o código 1145, feitos em 25/01/10 ref. DEZ/2009, no valor total de R\$ 2.168,86, que restou por eliminar todo o valor a pagar de DEZ/2009, que era de R\$ 1.656,76, ou seja, o valor efetivo deduzido do débito exigido do autuado foi este último. Informa que não foi acatado o requerimento para abater os pagamentos feitos por outrem através de GNRE's, código de receita 1187, por se referirem a produtos enquadrados na substituição tributária, com acordo interestadual e recolhimento de responsabilidade do remetente, uma vez que nenhum imposto relativo a tais produtos foi cobrado do autuado no presente Auto de Infração.

Quanto ao item b.1 da defesa (fl. 64) referente à infração nº 02, o defensor do autuado afirma que o produto “leite em pó soja” teria “tributação integral, sem previsão de estorno de crédito”. Sobre essa assertiva reproduz o que dispõe o art. 87, XXI, do RICMS/97, e diz que o mencionado dispositivo não faz nenhuma distinção quanto à espécie de leite em pó, fazendo jus à redução, o gênero leite em pó em geral. O autuante informa que a análise dos livros de entradas e saídas não confirma a alegação defensiva de tributação integral, tendo em vista que, em relação a esse produto, nas aquisições do Nordeste, o autuado creditava-se de 12% em seu livro de Entradas e nas vendas internas debitava-se no livro de Saídas, usufruindo a redução, ou seja, à alíquota de 7%. Tudo estaria dentro da legalidade se não fosse pela falta do correspondente estorno proporcional. A título de exemplo, cita a Nota Fiscal de entrada nº 48.624, oriunda de Pernambuco e de recebimento em 17/04/2007. Diz que ela está registrada à fl. 31 do livro de Entradas daquele ano, e que se verifica que o ICMS creditado é com a alíquota de 12% para toda a nota fiscal. O mesmo produto pode ser encontrado, por exemplo, nas vendas por ECF de JUN/2007, com o nº de registro 23025. Ali se constata um percentual de débito de ICMS de 7% e

não de 17% como afirma o defensor. Informa que todos os outros lançamentos do produto seguem esse mesmo procedimento.

Sobre o item b.2 da defesa (fl. 64 a 69), ainda referente à infração nº 02, diz que o defensor afirma literalmente que “nos arquivos apresentados pelo autuado os produtos indicados pelo autuante e sujeitos a estorno de crédito tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida pelas entradas de forma a reduzir a parcela do crédito a ser apropriado”. Diz que essa afirmação não é verdadeira. Que à fl. 11 do PAF, consta intimação feita ao autuado para que enviasse à SEFAZ os arquivos magnéticos até então omitidos. O autuado solicitou prorrogação do prazo (fl. 13) e o autuante opinou pelo indeferimento do requerimento. O Inspetor Fazendário achou por bem conceder mais prazo para atendimento da Intimação (fl. 23). Informa que, ao invés de pegar os lançamentos já registrados há anos nos livros fiscais e transcrevê-los para os arquivos eletrônicos, o defendente resolveu digitar os dados das notas fiscais de modo a “ajeitá-los” com o intuito de impedir um iminente lançamento tributário, uma vez que a empresa encontrava-se sob ação fiscal. Diz que após compulsar os livros fiscais, constatou a discrepância entre os valores ditos como creditados nos arquivos magnéticos (7%) e os que foram realmente creditados nos livros de Entradas (12%). Desse modo, um novo demonstrativo foi elaborado, e para que seja possível o confronto entre o fictício e o real, incluiu-se uma nova coluna, de cabeçalho “AA”, denominada “Icms creditado no livro”, ao lado da “Icms Calc.” onde o elaborador dos arquivos magnéticos “inventou” um crédito de 7%. Diz que também foi elaborado o “demonstrativo do conteúdo das notas fiscais relacionadas no estorno de crédito (dados do sintegra)”. Ou seja, nesse demonstrativo encontram-se todos os itens constantes em cada nota fiscal em que aparece algum produto objeto do estorno de crédito. Entende que fica fácil constatar que o crédito total de cada uma dessas notas fiscais no livro de entradas é feito à alíquota geral de 12%, resultando num valor sempre maior que a soma dos valores de crédito dos itens constantes nesses documentos, listados nos arquivos Sintegra elaborados pelo contribuinte.

O autuante refuta a afirmação da defesa de que em relação aos produtos passíveis de estorno de crédito, o autuado teria reduzido a base de cálculo “de forma a reduzir a parcela do crédito a ser apropriado”. Reitera que isso só ocorreu nos arquivos Sintegra criados pelo autuado. Nos livros de entradas o autuado apropriou-se do crédito completo de 12%.

Informa que a infração nº 03 lastreia-se em intimação à fl. 11 do PAF, e cobra penalidade por descumprimento de obrigação acessória consistente na falta de dados do registro 54, que permite a identificação dos produtos, nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ. Diz que o defendente não nega a infração, apenas alega que as saídas sob CFOP's 5929 e 6929 não deveriam ter o registro 54 informado e assim afirma que “os valores da multa de 5% devem ser revistos”.

Salienta que a multa aplicada pelo não atendimento da obrigação acessória é a prevista no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, que transcreveu. Diz que à fl.10 do PAF encontra-se o “demonstrativo da omissão de valores em arquivos magnéticos Sintegra”, que instrui a infração. Nele discriminam-se todos os valores referentes aos meses de JAN a ABR/2008, quais sejam: os constantes nas DMA's dispostos em colunas de entradas e saídas; as mesmas entradas e saídas com valores zerados do reg. 54; as omissões de entradas e saídas; a multa de 5% sobre as entradas e as saídas omitidas; e o limite de 1% sobre as saídas.

Quanto à planilha apresentada à fl. 69 pelo autuado, denominada “valores apurados nos registros 50”, o autuante diz que os totais das entradas de cada mês batem exatamente com os valores registrados nas DMA's, apensadas às fls. 24 a 27 do PAF, mas os totais das saídas apresentam divergências com as DMA's. Admitindo-se que os CFOP's 5929 e 6929 não devam ser informados, diz que a questão se resolve matematicamente, pois haveriam de ser deduzidos das omissões de saídas os seguintes valores: JAN/2008: $5.803,43 + 1.061,71 = 6.865,14$; FEV/2008: $4.150,27 + 1.438,83 = 5.589,10$; MAR/2008: $4.299,77 + 1.309,33 = 5.609,10$; e ABR/2008: $1.017,84 + 114,01 = 1.131,85$. Assim, esses valores não deveriam compor a base de cálculo da multa de 5%. Salienta que essas importâncias são ínfimas em relação aos totais das saídas, representando entre 0,2 e 1,1% dos citados totais de

saídas de cada mês. Diz que o limite de 1% é 100 vezes menor que o total das saídas, uma redução de menos de 2% nesse total e a conseqüente aplicação de 5% de multa sobre 98 ou 99% do valor original das saídas somado a 5% sobre 100% das entradas, cujos valores totais foram omitidos do reg. 54, não terá o condão de diminuir sequer 1 centavo do valor efetivamente cobrado, que é o limite de 1% sobre as saídas realizadas no estabelecimento em cada período, registradas nas DMA's; uma vez que, inobstante a pequena redução nas saídas omitidas reclamada pelo defensor, aquele limite continuará sendo várias vezes menor que a multa de 5% aplicada sobre a soma de entradas e saídas omitidas dos arquivos magnéticos. Assim, o autuante mantém integralmente o valor exigido na infração nº 03.

Por fim, o autuante pede a procedência parcial do Auto de Infração, nos termos e valores constantes no novo Demonstrativo de Débito constante no CD-R à fl. 75 do PAF.

À fl. 99 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Elaborasse dois demonstrativos: um para as mercadorias inseridas em Convênios ou Protocolo; outro demonstrativo para as demais mercadorias não previstas em acordos interestaduais.
2. Existindo ou não mercadorias inseridas em Convênio ou Protocolo, que os demonstrativos fossem refeitos incluindo as seguintes colunas: NOTA FISCAL Nº E DATA, ESPÉCIE DA MERCADORIA, ESTADO DE ORIGEM, VALOR DO PRODUTO, PAUTA FISCAL ou MVA, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, CRÉDITO FISCAL CONSIDERADO, ICMS DEVIDO, ICMS RECOLHIDO, DIFERENÇA A RECOLHER.
3. Quanto à infração 02, intimasse o autuado a comprovar, mediante a apresentação dos documentos fiscais e escrituração, a alegação de que os créditos de algumas mercadorias tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida pelas entradas, de forma a reduzir a parcela do crédito de ICMS a ser apropriado. Se comprovado, que fizesse os necessários ajustes no levantamento fiscal.
4. Após o refazimento dos cálculos pelo autuante, que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

À fl. 105 o autuado declarou que está impedido de atender à intimação para o cumprimento da solicitação encaminhada por esta 3ª JF, em razão de não se encontrar na posse dos livros e documentos fiscais solicitados, porque os mesmos ainda não foram devolvidos pelo Auditor Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração.

O defendente foi intimado à fl. 108, a comparecer à Inspetoria Fazendária de Juazeiro, no prazo de dois dias, para receber os livros e documentos fiscais, consoante à fl. 110, "Protocolo de Devolução de Documentos", assinado pelo representante do contribuinte.

Foi encaminhada nova intimação ao defendente (fl. 111), no sentido de que fossem apresentados os elementos necessários à comprovação das alegações defensivas e cumprimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 113 a 116, dizendo que em relação à infração 01, conforme já citado na informação fiscal anteriormente prestada, os valores arrecadados por fornecedores e recolhidos por meio de GNRE se referem a produtos enquadrados na substituição tributária, e que por força de acordo interestadual, têm recolhimento do imposto de responsabilidade pelo remetente no Estado de origem. Comenta sobre o Convênio 06/89, e afirma que tomou o cuidado de não incluir na exigência fiscal produto do Anexo 88 do RICMS/97, para o qual o Estado de origem fosse signatário de Convênio ou Protocolo com a Bahia. Diz que foi cobrado imposto que é de responsabilidade do autuado, por não estar o remetente obrigado a

fazer a retenção e recolhimento para o Estado da Bahia. Salienta que o Anexo 86 do RICMS/97 detalha os Estados que têm acordo interestadual e quais os produtos são objeto de ajustes. Afirma que para constatar que não há tributação indevida, basta acessar o CD à fl. 75 do PAF, do qual o autuado recebeu cópia, e cotejar os produtos relacionados com o referido Anexo 86. Esclarece que na mídia eletrônica estão discriminados todos os itens, sem exceção, que o relator solicitou na diligência. Em relação ao argumento do autuado de que não foram deduzidos os valores constantes nas GNREs, diz que o defendente não juntou as cópias das referidas Guias de Recolhimento, apenas citou, porque constatou que no levantamento fiscal não estão inseridos produtos cuja antecipação tenha que ser feita previamente através de GNRE. O autuante também informa que acatou várias alegações do autuado, reduzindo o *quantum* reclamado. Em relação aos recolhimentos efetuados antecipadamente por contribuintes de outros Estados, referentes a produtos que a lei lhes incumbe fazer, afirma que tais produtos não constam no levantamento fiscal, inexistindo qualquer mercadoria cuja responsabilidade pelo pagamento do imposto não seja o autuado.

Quanto à infração 02, diz que o órgão preparador incumbiu-se de intimar o autuado. Neste item, o autuante reitera os esclarecimentos prestados na informação fiscal anterior, de que somente após a intimação efetuada pelo autuante (fl. 11 do PAF), é que os arquivos magnéticos foram elaborados e enviados à SEFAZ, ou seja, posterior aos lançamentos nos livros fiscais. Informa que, ao invés de transcrever para os arquivos os lançamentos efetuados nos livros fiscais, o autuado simplesmente digitou os documentos fiscais, “ajeitando” os lançamentos sem retratar a situação fática já constituída nos livros. Assim, a suposta base de cálculo reduzida sobre a qual teriam sido apropriados os créditos dos produtos oriundos da região Nordeste, cujas saídas internas ocorrem a 7%, não passam de um sofisma, porque a escrituração dos livros já estava pronta e o autuado, de fato, creditou-se de maneira completa, ou seja, 12%.

O autuante acrescenta que nos novos demonstrativos por ele elaborados teve o cuidado de acrescentar informações referentes ao conteúdo de cada nota fiscal em que constava pelo menos um dos produtos enquadrados na situação anteriormente mencionada, quais sejam, leite em pó, margarina, charque e vinagre. Informa que pelo número da nota fiscal e sua data de recebimento (entrada), pode-se verificar no livro Registro de Entradas apenso ao PAF em arquivo eletrônico, que os créditos totais de todas as notas fiscais listradas no demonstrativo da infração foram sem à razão de 12%, devendo ser proporcionalmente estornados os valores constantes no novo demonstrativo de estorno de crédito. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Em nova manifestação, acostada aos autos após a instrução do PAF, o autuado, em atendimento à solicitação desta 3ª JJF, informou que os documentos indicados nas razões de defesa para a infração 02 são os relacionados na nova manifestação, cujos documentos afirmou que estava acostando aos autos, junto com o livro Registro de Entradas dos respectivos meses, constando o valor dos créditos lançados.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defendente alegou que recebeu o Auto de Infração com o demonstrativo de débito e um CD-R com três arquivos digitais gravados em formato de planilha. Diz que é direito do autuado ter e conhecer todas as peças do Auto de Infração. Requer a entrega de todos os elementos constantes do Auto de Infração, nos termos do art. 46 c/c o art. 8º, § 3º do RPAF

O autuante esclareceu na informação fiscal, que foram fornecidas ao defendente, em papel, cópias do Auto de Infração em si e do seu demonstrativo de débito; e os “três arquivos digitais”

citados pelo defendente, são os 3 demonstrativos que instruem respectivamente cada uma das infrações, constantes na mídia CD-R. Também informa que ao Auto de Infração foram apensados arquivos eletrônicos contendo os livros fiscais do autuado, fornecidos à Fiscalização por ele mesmo, mediante intimação. As demais laudas componentes do PAF são intimações feitas ao impugnante para que corrigisse arquivos Sintegra enviados à SEFAZ; relatórios extraídos dos dados enviados eletronicamente à SEFAZ pelo próprio autuado, tais como, declarações mensais e apuração do ICMS consolidadas; relatório de arquivos magnéticos recepcionados; e relatórios de arrecadação.

Observo no presente PAF não existem outros documentos além daqueles citados pelo autuado nas razões de defesa, haja vista que de acordo com os elementos constantes nos autos e esclarecimentos prestados pelo autuante, os demais elementos constantes do PAF são as intimações feitas ao contribuinte, os relatórios extraídos dos dados enviados eletronicamente à SEFAZ pelo próprio defendente. Ademais, não foi alegado que houve impossibilidade de abrir e ler os demonstrativos constantes no CD-R fornecido ao defendente.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

O defendente alegou que constatou a existência de produtos que não estavam sujeitos à substituição tributária à época dos fatos, conforme quadro que elaborou. Também alegou que não foram considerados os recolhimentos de ICMS referentes aos códigos de receita 1145 e 1187, conforme planilhas às fls. 63/64 do PAF.

Na informação fiscal, o autuante disse que reconheceu razão ao pleito contido no item a.1 da defesa (fl. 62 do PAF). Em relação ao item a.2 da defesa (fl. 63) informou: que foi abatido um recolhimento com código de receita 1145 (ICMS Antecipação Tributária Produtos do Anexo 68 do RICMS/97); e deduzidos três recolhimentos com o código 1145, feitos em 25/01/10 ref. DEZ/2009, no valor total de R\$ 2.168,86. Disse que restou por eliminar todo o valor a pagar de DEZ/2009, que era de R\$ 1.656,76, ou seja, o valor efetivo a ser deduzido do débito apurado foi este último.

O autuado se manifestou e alegou que não foram considerados os pagamentos efetuados com o código de receita 1187.

Quanto a esta alegação, o autuante informou que não foi acatado o requerimento de abatimento de pagamentos feitos por outrem através de GNREs, código de receita 1187, por se referirem a produtos enquadrados na substituição tributária, com acordo interestadual e recolhimento de responsabilidade do remetente, uma vez que nenhum imposto relativo a tais produtos foi cobrado do autuado no presente Auto de Infração.

Observo que o autuante elaborou novos demonstrativos deduzindo os pagamentos comprovados pelo defendente, conforme mídia eletrônica CD-R à fl. 75 dos autos, tendo sido encaminhada cópia ao autuado, de acordo com a intimação e Aviso de Recebimento à fl. 77.

Na manifestação apresentada após a revisão efetuada pelo autuante, o defendente apenas alegou que não foram considerados os pagamentos sob o código 1187, mas não indicou quais seriam esses pagamentos não computados no levantamento fiscal.

Na nova informação fiscal às fls. 88/95, o autuante repetiu o esclarecimento anteriormente prestado, de que não foi acatado o requerimento para abater os pagamentos feitos através de GNREs, código de receita 1187, por se referirem a produtos enquadrados na substituição tributária, com acordo interestadual e que nenhum imposto relativo a tais produtos foi cobrado do autuado no presente Auto de Infração.

Em resposta à diligência encaminhada por esta JJF, foi confirmada às fls. 113 a 116, a informação do autuante de que os valores arrecadados por fornecedores e recolhidos por meio de GNRE se referem a produtos enquadrados na substituição tributária, por força de acordo interestadual, e que tomou o cuidado de não incluir na exigência fiscal produto do Anexo 88 do RICMS/97, para o qual o Estado de origem fosse signatário de Convênio ou Protocolo com a Bahia. Foi informado que foi cobrado imposto de responsabilidade do autuado, por não estar o remetente obrigado a fazer a retenção e recolhimento para o Estado da Bahia.

Considerando a previsão constante no art. 371 do RICMS/97, de que, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante em mídia eletrônica CD-R à fl. 75 dos autos, e concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$ 56.332,57.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Falta de estorno proporcional dos créditos interestaduais dos produtos cujas saídas internas se dão com redução de base de cálculo, com a carga tributária equivalente a 7%.

O defendente alegou que existe produto com tributação integral, sem previsão de estorno de crédito. Disse que nos arquivos Sintegra apresentados, os produtos indicados pelo autuante e sujeitos a estorno de crédito tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida pelas entradas, de forma a reduzir a parcela do crédito de ICMS a ser apropriado.

Conforme estabelece o art. 100, inciso II, do RICMS/97, o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Na informação fiscal, o autuante disse que após compulsar os livros fiscais, constatou a discrepância entre os valores ditos como creditados nos arquivos magnéticos (7%) e os que foram realmente creditados nos livros de Entradas (12%). Desse modo, um novo demonstrativo foi elaborado, para que seja possível o confronto entre o fictício e o real, e foi incluída uma nova coluna, de cabeçalho “AA”, denominada “Icms creditado no livro”, ao lado da “Icms Calc.” onde o elaborador dos arquivos magnéticos “inventou” um crédito de 7%.

Na diligência fiscal encaminhada por esta JJF à fl. 99, foi solicitado que o autuante intimasse o autuado a comprovar, mediante a apresentação dos documentos fiscais e escrituração, a alegação de que crédito algumas mercadorias tiveram a base de cálculo do ICMS reduzida pelas entradas, de forma a reduzir a parcela do crédito de ICMS a ser apropriado. Se comprovado, que fizesse os necessários ajustes no levantamento fiscal.

Observo que apesar de intimado, o autuado não apresentou qualquer comprovação de suas alegações defensivas, haja vista que, na manifestação apresentada, informou que os documentos indicados nas razões de defesa para a infração 02 são os relacionados nesta nova manifestação, cujos documentos afirmou que estava acostando aos autos, junto com o livro Registro de Entradas dos respectivos meses, constando o valor dos créditos lançados. Entretanto, não foi anexado aos autos qualquer documento comprobatório dessas alegações defensivas.

Trata-se de fato vinculado à escrituração ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos, conforme previsto no art. 123 do RPAF/BA. Diante do levantamento fiscal com base nos livros e documentos do autuado, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, não acato as alegações defensivas.

Na informação fiscal prestada às fls. 113/116, o autuante disse que o órgão preparador incumbiu-se de intimar o autuado. A referida intimação encontra-se à fl. 111, com Aviso de Recebimento à fl. 112 do PAF. Neste item, o autuante reiterou os esclarecimentos prestados na informação fiscal anterior, de que somente após a intimação efetuada pelo autuante (fl. 11 do PAF), é que os arquivos magnéticos foram elaborados e enviados à SEFAZ, ou seja, posterior aos lançamentos nos livros fiscais. Informa que, ao invés de transcrever para os arquivos os lançamentos efetuados nos livros fiscais, o autuado simplesmente digitou os documentos fiscais, “ajeitando” os lançamentos sem retratar a situação fática já constituída nos livros. Disse que a suposta base de cálculo reduzida sobre a qual teriam sido apropriados os créditos dos produtos oriundos da região Nordeste, cujas saídas internas ocorrem a 7%, não corresponde à verdade, porque a escrituração dos livros já estava pronta e o autuado, de fato, creditou-se de maneira completa, ou seja, 12%.

O autuante também informou que nos novos demonstrativos teve o cuidado de acrescentar informações referentes ao conteúdo de cada nota fiscal em que constava pelo menos um dos produtos enquadrados na situação anteriormente mencionada, quais sejam, leite em pó, margarina, charque e vinagre.

Quanto aos novos demonstrativos elaborados pelo autuante em mídia CD-R à fl. 75, constatei que houve agravamento da infração, alterando para mais os valores apurados em relação ao levantamento originalmente efetuado. Neste caso, considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente, totalizando R\$6.086,86, e a repartição fiscal deve verificar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, podendo preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente à diferença encontrada. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, 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, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, conforme § 6º do art. 708-A do RICMS/BA.

Consta às fls. 11 e 21 intimação recebida pelo autuado para apresentação de arquivo magnético, no prazo de 30 dias, com a informação de que os arquivos anteriormente apresentados não constavam os registros 54, 60 e 74, correspondentes aos exercícios de 2007 a 2009.

O defendente alegou que as omissões estão relacionadas à ausência de registros fiscais do tipo 54 nos arquivos Sintegra dos meses de janeiro a abril de 2008. Informou os valores constantes nos registros tipo 50 e os valores que deveriam ter sido informados nos registros tipo 54, apresentando o entendimento de que a multa deveria ser de 5% dos valores não informados.

Na informação fiscal, o autuante disse que a exigência da multa está lastreada em intimação à fl. 11 do PAF, e cobra penalidade por descumprimento de obrigação acessória consistente na falta de dados do registro 54, que permite a identificação dos produtos, nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ. Diz que o defendente não negou o cometimento da infração, apenas alegou que as

saídas sob CFOP's 5929 e 6929 não deveriam ter o registro 54 informado e que “os valores da multa de 5% devem ser revistos”.

No caso em exame, após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção. O fato foi reconhecido pelo autuado nas razões de defesa, haja vista que em sua impugnação, o defendente alegou que multa deveria ser revista, caso fosse ultrapassada a preliminar de nulidade.

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências não foram corrigidas. Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada penalidade.

O defendente apresentou o entendimento de que a multa deveria ser de 5% dos valores não informados. Entretanto, conforme estabelece o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, deve ser exigida a multa de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

De acordo com os elementos constantes nos autos, houve entrega de arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações. Neste caso, a multa aplicável é a constante na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Assim, concluo pela subsistência deste item do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante calculou a penalidade de 5% e exigiu o valor correspondente a 1% por ser o limite, conforme previsto na mencionada alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	56.332,57	-
02	PROCEDENTE	6.086,86	-
04	PROCEDENTE	-	24.116,19
TOTAL	-	62.419,43	24.116,19

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279102.0004/12-4**, lavrado contra **PEDRO NUNES SOARES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.419,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$24.116,19**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA