

**A. I. Nº** - 269193.0157/12-8  
**AUTUADO** - MERCADO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS E BEBIDAS LTDA  
**AUTUANTE** - GERALDO BARROS RIOS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**INTERNET** 22.04.2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0068-04/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. Comprovado que o Autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal. É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à parte excedente decorrente de aquisição de mercadorias com destaque de uma alíquota maior que a devida. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM INFORMAÇÕES DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes aos dados constantes nos arquivos magnéticos, bem como a falta de apresentação desses, mediante intimação. Multa de 5%, porém com observância do limite de 1% (um por cento) do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período. Infração comprovada. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$11.986,85, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

**INFRAÇÃO 1** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Utilizou crédito a partir da alíquota de 17% para óleo de soja, quando a correta seria 12%. O(s) demonstrativo(s) da infração encontra(m)-se nos ANEXOS II.1 e os documentos que caracterizam a infração (Notas Fiscais e livro de Registro de Entradas) compõem os ANEXOS II.2. Exigido ICMS no valor de R\$ 573,59 acrescido da multa de 60%.

**INFRAÇÃO 2** – Forneceu arquivo(s) magnético(s), enviado(s) via internet através do programa Validador/Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) 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 divergentes. O(s) demonstrativo(s) da infração encontra(m)-se nos ANEXOS III.1 e os documentos que a caracterizam (Livro RAICMS e C/Corrente Fiscal a partir dos Registros 50 do Sintegra) compõem os ANEXOS III.2. O contribuinte foi intimado a regularizar a situação em um prazo de 30 dias, como se vê na listagem Diagnóstico que consta do ANEXO III.3, mas deixou de fazer as correções devidas. Multa lançada de R\$11.413,26, correspondente a aplicação de 5% sobre o valor das saídas operações divergentes.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 40 a 44, contestando integralmente o Auto de Infração em tela, pelas razões que passo a expor:

Preliminarmente diz que não deve prosperar este Auto de Infração epígrafado, pois o mesmo encontra-se crivado de erros e vícios de forma, tornando-o nulo desde o seu nascimento. Em primeiro lugar alega que feriu o artigo 18, inciso II, do Decreto nº 7.629, de 09 de junho de 1999 (RPAF), quando utilizou três anexos em cada item para demonstrar a infração, como documentos comprobatórios da infração e demonstrar valores e provas, porém não foram localizados e identificados no auto de infração, caracterizando preterição do direito de defesa.

Em segundo lugar, porque afrontou de igual modo, o ditame do artigo 28, § 4º, inciso II e art. 41 do RPAF, pois não anexou ao Auto de infração as provas necessárias à demonstração do fato argüido, tais como: Notas Fiscais de entradas e saída, cópia dos livros Registro de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS e Documentos de Arrecadação do Imposto.

Assim, pugna-se pela nulidade do Auto de Infração em tela, por preterição do direito de defesa.

Por outro lado destaca o autuado, se estes não forem os entendimentos do Colegiado do CONSEF/BA, que sejam, também, vislumbrados as seguintes questões de Mérito:

Em relação a Infração 1, destaca que o Fisco alega que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is) e utiliza como prova os ANEXOS II.1 para demonstrar a infração e os ANEXOS II.2 como documentos que a caracterizam (N. Fiscais e livro Reg. de Entradas). No entanto diz que esses anexos não foram localizados e identificados nos autos, ficando claro e evidente o cerceamento do direito de defesa.

Contudo destaca, se estes anexos existissem nos autos não seriam suficientes para materializar a suposta infração, pois este tipo de infração carece de provas materiais instituídas por lei como as notas fiscais de compras e cópia das folhas do livro Registro de Entradas com os lançamentos das notas fiscais.

Como não encontrou e nem identificou entre os relatórios colecionados aos autos pelo autuante, os ANEXOS II.1, ANEXOS II.2, bem como não localizou as notas fiscais de compras e muito menos cópia das folhas do livros Registro de Entradas, pede o cancelamento do suposto débito fiscal reclamado neste item, por total falta de provas e cerceamento do direito de defesa.

Quanto a infração 2, diz que os ANEXOS III.1 utilizados para demonstrar a infração, os ANEXOS III.2 utilizados como documentos comprobatórios da divergência (livro RAICMS X Sintegra) saídas dos produtos (N. Fiscais de Saídas) e os ANEXOS II.3 utilizados para mostrar a Intimação c/ Listagem Diagnóstico apresentadas ao contribuinte, não foram localizados nos autos, ficando evidente o cerceamento do direito de defesa.

Destaca ainda, que, como as provas acostadas nos autos para sustentar esta autuação foram os ANEXOS III.1, ANEXOS III.2, ANEXOS III.3 que não foram encontrados e identificados nos autos, já torna a Infração 2 nula. Contudo alega que, se estes anexos existissem nos autos, não seriam suficientes para materializar a suposta infração, pois este tipo de infração carece de provas materiais instituídas por lei como as notas fiscais de compras e vendas, cópias das folhas do livro Registro de Entradas e Saídas e cópias das folhas do livro Registro de Apuração do ICMS. Assim, pede o cancelamento do suposto débito fiscal reclamado neste item, por falta de provas e cerceamento do direito de defesa.

Concluindo sua manifestação de defesa, diz que, demonstrada a insubsistência e improcedência do Auto de Infração em epígrafe, espera e requer que seja acolhida a presente IMPUGNAÇÃO, para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o suposto Débito Fiscal reclamado.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 47 dos autos, diz que a defesa do Auto de Infração em epígrafe é o que se pode chamar de defesa padrão e não guarda relação com os fatos demonstrados neste PAF. Destaca que o defendente alega preterição do direito de defesa por, supostamente, não fazer constar os anexos citados no corpo do Auto de Infração. Contrapõe dizendo que todos os demonstrativos e documentos citados estão anexados aos autos a partir da fl. 13, como se pode ver.

Diz que, é de se estranhar (e lamentar) o argumento da defesa quanto a Infração 1, bem como a Infração 2, pois, não tendo elementos para elidi-las, trás a argumentação de que os anexos citados nas referidas infrações não constam do PAF. Na realidade, afirma o Fiscal Autuante, que tais anexos estão e sempre estiveram acostados aos autos. Ademais, diz que o documento à fl. 06 dos autos atesta o recebimento, pelo autuado, de copia de todas as planilhas citadas nos autos.

Diante de tudo aqui exposto, pede que o Auto de Infração sob litígio seja considerado procedente.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para constituir credito tributário no valor de R\$11.986,85, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de 02(duas) irregularidades concernentes à legislação do ICMS: a infração 01, por ter utilizado indevidamente credito fiscal do ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, exige ICMS no valor de R\$573,59; a infração 2, por fornecer arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, gerou multa no montante de R\$11.413,26.

O defendente argüiu a nulidade do lançamento tributário, tanto da infração 01, quanto da infração 2, sob a alegação de que o auto de infração encontra-se crivado de erros e vícios de forma. Em primeiro lugar diz que o Fiscal Autuante utilizou 03(três) anexos em cada item do Auto de Infração para fundamentar a infração. Em seguida diz que não foram anexadas aos autos as provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos, tais como: notas fiscais de entradas, cópia dos livros Registro de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS e documentos de arrecadação do imposto.

Contudo, da análise das peças processuais, rejeito a preliminar de nulidade, pois verifico que o lançamento preenche as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, o qual a exerceu plenamente, tendo o fato imputado sido descrito com clareza nas duas infrações e o sujeito passivo demonstrado pleno entendimento da acusação fiscal, ao apresentar razões de mérito condizentes à imputação, comprovando a inexistência de qualquer prejuízo ao pleno exercício do seu direito de defesa.

Em relação ao procedimento do Fiscal Autuante de ter apresentado nos autos 03 (três) ou mais anexos para fundamentar cada uma das autuações, demonstra, na realidade, a preocupação do preposto fiscal em dar subsídios ao defendente em conhecer o que de fato aconteceu, para que o mesmo tenha tomado à decisão de efetivar os lançamentos fiscais objeto da lide. É o respeito ao princípio da verdade material. Aliás, tal atitude, diferentemente da afirmação do autuado de que promove a preterição ao direito de defesa, na realidade oportuniza ao autuado ter conhecimento de todas as prerrogativas utilizadas pelo autuante no curso da ação fiscal, para que possa defender-se da acusação fiscal que lhe foi imputada, o que, no caso em questão não ocorreu, apenas o Contribuinte Autuado se limitou a argüir a nulidade da autuação por ter o autuante gerado vários anexos para fundamentar tanto a infração 1, quanto a infração 2.

De igual modo, a argüição do defendente de que o autuado não acostou aos autos provas necessárias à demonstração das infrações, especificamente em relação à infração 1, que diz respeito ao uso indevido de credito fiscal do ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal; não logra êxito, pois, às fls. 16-18 dos autos, pode-se verificar cópia das Notas Fiscais onde constam os itens de produtos (óleo de soja) com a alíquota destacada de 17%, em que o correto deveria ser 12% e as cópias das folhas do livro Fiscal de Entrada da empresa (fls.19-21), com o registro do uso do credito fiscal indevido de 17% na forma da autuação objeto em análise. Assim, infração caracterizada.

Quanto aos argumentos de defesa da Infração 02 de que não encontrou e nem identificou entre os relatórios colacionados aos autos pelo Fiscal Autuante os Anexos III.1, III.2 e III.3, papeis de trabalho estes que dão sustentação a autuação, também não logra êxito. A autuação diz respeito

ao Contribuinte Autuado ter fornecido arquivo magnético, enviado via internet através do programa Validador Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Tal acusação poderia ter sido combatida pelo defendente, quando do desenvolvimento da ação fiscal, na forma do Termo de Intimação para correção de inconsistência de Arquivos Magnéticos acostado aos autos à fl.35. Consta do Termo a assinatura do Contribuinte/Representante Legal no campo próprio, em que acusa seu recebimento, com a indicação de 30 (trinta) dias para efetivar a correção das inconsistências, o que não foi efetuado.

A divergência é claramente demonstrada no Anexo III.1. Têm-se valores informados do CFOP 5102 (*Venda para dentro do Estado da Bahia de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*) nos meses de junho a dezembro de 2011, através do Arquivo SINTEGRA (fl.23) bem diferentes dos valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 31-33). Portanto, infração caracterizada.

O enquadramento da Infração 1 está devidamente respaldado na legislação. Reza o art.93 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, de que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos. Porém o § 5º, inciso I do citado artigo, diz que, se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado.

Corroborando ainda para esse entendimento, as disposições do art. 97, inciso VIII do mesmo diploma legal, onde dispõe que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à parte excedente decorrente de aquisição de mercadorias com destaque de uma alíquota maior que a devida. É o que ocorreu nos itens das Notas Fiscais grafadas no Anexo II.1 (fl.14), onde consta o destaque de 17% para a mercadoria óleo de soja, quando o correto seria 12%.

O RICMS/BA no seu art. 50, inciso I traz o regramento da alíquota interna do Estado da Bahia que é de 17%, excetuando-se alguns produtos, conforme os arts. 51 e 51-A. Dentre esses produtos, destaca-se o óleo comestível de soja, com tratamento tributário diferenciado por redução de base cálculo em 29,41%, resultando numa carga de 12%, conforme o art.87, inciso VII do mesmo diploma legal.

Por sua vez a multa aplicada à infração 2, que decorre do Contribuinte Autuado ter fornecido arquivo magnético, enviado via internet através do programa Validador Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, está capitulado na alínea “i” do inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96. No caso em exame a divergência é claramente demonstrada no Anexo III.1 (fl.23). Têm-se valores informados através do Arquivo SINTEGRA com código do CFOP 5102 relativo à venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros nos meses de junho a dezembro de 2011, em montantes mensais bem maiores que os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS competente (fls. 31-33).

A exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, onde diz que:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*i) 5% (cinco por cento) 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% (um por cento) 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;*

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº269193.0157/12-8 lavrado contra **MERCADAO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$573,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$11.413,26**, prevista nos inciso XIII-A, “i”, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA