

PROCESSO - A. I. Nº 298921.0003/12-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ICA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - ICA COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0141-01/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0265-11/14

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDA. SALDO CREDOR DE CAIXA. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DO ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO ADOTADO. A existência de saldo credor de Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. No presente caso, a metodologia utilizada pela Fiscalização desconsiderou no levantamento as entradas de receitas decorrentes de operações com mercadorias isentas e não tributadas, o que pode ter resultado na apuração do saldo credor de Caixa apontado na autuação. Impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação da metodologia adotada. **2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTAS. a) REGISTRO DE ENTRADAS, REGISTRO DE SAÍDAS E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. b) REGISTRO DE INVENTÁRIO.** A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de escrituração de livros fiscais, enquanto a matéria fática diz respeito à falta de apresentação ou extravio de livros fiscais. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Mantida a Decisão recorrida. **2 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO.** Alegação defensiva de se tratar de mercadorias amparadas por isenção nas operações de saídas subsequentes não restou comprovada. Corrigida de ofício a ocorrência do mês de setembro de 2007. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** A exigência fiscal referente a esta infração diz respeito à “ração pet” destinada a animais domésticos, cuja antecipação do imposto é de responsabilidade do Recorrente. **4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Autuado não apresentou os arquivos magnéticos solicitados, mesmo tendo sido regularmente intimado em três oportunidades. **5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA.**

DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Alegações recursais insuficientes para descaracterizar a infração. Rejeitada a arguição de decadência. Modificada, de ofício, o valor lançado na ocorrência de setembro de 2007 da infração 1 Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0141-01/13, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 21/06/2012, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento das seguintes infrações, sendo objeto de Recurso de Ofício as infrações 4, 5 e 6 e de Recurso Voluntário às infrações 1, 2, 3 e 7:

INFRAÇÃO 01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$285.958,77, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 02. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353, I, II, do RICMS/97] nos meses de fevereiro a abril de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.673, 07, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 03. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de fevereiro, abril novembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$40.724,06;

INFRAÇÃO 04. Falta de recolhimento do imposto, constatada através de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de maio a dezembro de 2007, janeiro a setembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$592.635,01, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 05. Deixou de escriturar livros fiscais, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00. Consta que nos exercícios de 2007 a 2009, após três intimações e segundo declaração do contribuinte, deixou de escriturar os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS;

INFRAÇÃO 06. Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$200.629,65;

INFRAÇÃO 07. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), em 31/12/2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 1.434/1.443):

Inicialmente, no que concerne à arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos fatos ocorridos no exercício de 2007, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, considerando que o lançamento de ofício ocorreu em 21/06/2012, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante, haja vista que o lançamento de ofício poderia ser feito até 31/12/2012.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05, CJF 0144-11/09.

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

Passando ao exame das infrações, verifico que na peça de defesa o autuado rechaçou conjuntamente as infrações 01, 02, 04 e 07, asseverando que estas não merecem prosperar, uma vez que possui todas as notas fiscais das mercadorias relacionadas, as quais comprovam a inexistência do fato gerador a ensejar a aplicação de qualquer multa, haja vista que a quase totalidade dos produtos que comercializa, no caso soros, vacinas, antibióticos, anti-inflamatórios, parasiticidas, sal mineral, enxofre, vitaminas, suplementos destinados a pecuária, raticidas, formicidas, inseticidas, fungicidas e adubos, têm as suas saídas amparadas pela isenção do ICMS, conforme previsto no art. 20, do Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Noto também que o autuante contesta a argumentação defensiva referente a essas infrações, afirmando que se trata de outro equívoco incorrido pelo autuado, concluindo que este sequer analisou os demonstrativos e as observações nas notas fiscais. Salienta que as operações são todas referentes a aquisições interestaduais, portanto, sendo totalmente procedentes. Menciona que outro equívoco do autuado diz respeito às mercadorias mais expressivas dos lançamentos que são as “Rações Pet”, tanto na Antecipação Parcial quanto na Substituição Tributária. Acrescenta que as mercadorias citadas na impugnação, operações interestaduais e não internas, sofrem redução da base de cálculo. Diz que foram corretamente aplicadas nos demonstrativos, na forma do Convênio ICMS 100/97.

Para apreciação das infrações 01, 02, 04 e 07, por certo que o exame isoladamente de cada uma permite uma melhor compreensão sobre a Decisão da lide, conforme faço a seguir.

No que concerne à infração 01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização -, de fato, o §1º do art. 352-A do RICMS/BA/97, estabelece que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não-incidência e antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.

Vale dizer que, mesmo as aquisições noutras unidades da Federação tendo ocorrido com tributação, a condição indispensável para que seja exigido o ICMS antecipação parcial é que a operação de saída subsequente da mercadoria também seja tributada normalmente.

Portanto, a argumentação defensiva de que comercializa mercadorias cujas operações de saídas são amparadas pela isenção prevista no art. 20 do RICMS/BA, em princípio, estaria em conformidade com as disposições legais – em sentido amplo.

Ocorre que o referido benefício isencional não é incondicional, ou seja, não depende de condição para sua fruição, sendo, em verdade, uma isenção condicionada ao atendimento de determinados requisitos, como, por exemplo, a sua destinação como insumo agropecuário.

Em razão disso, torna-se imprescindível que seja comprovada a real destinação das mercadorias, o que, no presente caso, não restou demonstrado pelo autuado.

Isso porque, apesar de o processo ter sido convertido em diligência a ASTEC/CONSEF, a fim de que o diligenciador intimasse o autuado para apresentar elementos hábeis de provas, a exemplo de notas fiscais de saídas atinentes ao período autuado, inclusive para elaborar demonstrativo no qual identificasse os dados das referidas notas fiscais, no intuito de comprovar a sua alegação de que as saídas dos produtos arrolados no Anexo 01 (fls. 24 a 33) elaborado pelo autuante, efetivamente ocorreram amparadas pela isenção prevista no art. 20, do RICMS/97/BA, o resultado trazido pela diligenciadora não confirmou a alegação defensiva.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 16/2013, a diligenciadora consignou que em relação à infração 01, não foram alterados os valores, em razão da falta de comprovação, pelo autuado, de que as mercadorias arroladas neste item da autuação estão amparadas por isenção nas saídas, por estarem as notas fiscais bastante ilegíveis.

Verifico que o autuado ao ser cientificado sobre o resultado da diligência se manifestou rechaçando, de forma veemente, a conclusão dada pelo diligenciadora, afirmando que os referidos documentos fiscais comprovam a efetiva saída com isenção das mercadorias.

Na realidade, o autuado foi intimado pela diligenciadora a apresentar as notas fiscais de saídas, assim como para elaborar demonstrativo no qual identificasse os dados das referidas notas fiscais, no intuito de comprovar a sua alegação. Porém, o autuado não atendeu a contento a intimação, haja vista que, além de não apresentar o demonstrativo, forneceu documentos fiscais que não permitiram o exame dos seus dados.

Certamente que a alegação defensiva de cerceamento do direito de defesa, por falta de análise das notas fiscais por parte da diligenciadora não se sustenta, razão pela qual não acolho tal arguição, pois, inocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme consignando acima, o autuado apresentou as mesmas razões aduzidas na infração anterior.

No caso deste item da autuação, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que no período objeto da autuação – 2009 -, a mercadoria “ração pet” destinadas a animais domésticos, efetivamente, se encontrava sob o regime de substituição tributária, sendo devido o imposto por antecipação tributária, conforme a autuação.

Dessa forma, esta infração é subsistente.

No respeitante à infração 04, que trata de falta de recolhimento do imposto, constatada através de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, verifico que não há como prosperar o lançamento de ofício na forma como procedido pela Fiscalização, haja vista que o próprio autuante ao se pronunciar sobre o resultado da diligência esclareceu que nos “Demonstrativos da Conta Caixa” só foram utilizados os seguintes itens: entradas tributadas internas; entradas interestaduais tributadas (que denominou no seu Demonstrativo de: interestaduais trib. Entradas); saídas totais tributadas. Diz que dessa forma, a proporcionalidade foi aplicada, haja vista que só utilizou valores tributados, tendo desconsiderado completamente as isentas e outras.

É certo que o saldo credor de caixa decorre da falta de contabilização de valores provenientes de uma receita, operacional ou não, sendo necessário na auditoria a identificação exata das fontes ou documentos que representam as entradas e as saídas de dinheiro do caixa, bem como o seu saldo inicial.

No presente caso, o próprio autuante esclareceu que somente utilizou as receitas tributadas, ou seja, desconsiderou as receitas provenientes de saídas não tributadas e isentas, entendendo com isso que teria aplicado a proporcionalidade.

Indubitavelmente, a metodologia adotada pelo autuante se apresenta equivocada, haja vista que quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, deverão ser excluídos, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Ou seja, somente após apurada omissão de operações de saídas de mercadorias – no presente caso, saldo credor de caixa - nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores referentes a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, deverão ser excluído do cálculo do ICMS devido, se for o caso. Nesse sentido, é o que esclarece a Instrução Normativa nº 56/2007.

É óbvio que a consideração de receitas referentes a operações de saídas isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, poderá reduzir ou mesmo afastar a existência de saldo credor de caixa.

Diante disso, considerando que a metodologia adotada pela Fiscalização está em desconformidade com o Roteiro de Auditoria de Caixa, portanto, com a legislação do ICMS, este item da autuação é nulo, com fulcro no art. 18, do RPAF/99. Recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do mesmo RPAF/99.

No tocante à infração 07, observo que diz respeito a descumprimento de obrigação acessória, no caso, o contribuinte declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória.

Esta infração resta caracterizada, haja vista que o contribuinte, de fato, apresentou a DMA com dados incorretos das operações realizadas. Infração subsistente.

Passando ao exame das demais infrações, constato que a infração 03 diz respeito a falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. No caso deste item da autuação não resta dúvida que o autuado incorreu na ilicitude que lhe é imputada, haja vista que foi intimado em três oportunidades, conforme intimações de fls. 14, 18 e 19, contudo, não forneceu os arquivos magnéticos solicitados.

Desse modo, a infração 03 é subsistente.

No que concerne às infrações 05 e 06, observo que ambas encontram-se descritas no Auto de Infração como “Deixou de escriturar livros fiscais...”, entretanto, na própria informação fiscal o autuante consignou que após três intimações o contribuinte só entregou as notas fiscais presentes nos “Termos de Arrecadação” (fls. 20 a 230). Disse ainda que a declaração do autuado de que comunicou por escrito à SEFAZ acerca do extravio dos livros fiscais, quando da alteração do Contador da empresa, não exime o contribuinte destas infrações.

Em verdade, o que se verifica nos autos é que o contribuinte, intimado para apresentar livros e documentos fiscais, não atendeu as intimações, sob a alegação de extravio dos referidos livros.

Certamente que a ausência dos livros fiscais não autoriza a presunção, por parte da Fiscalização, de que estes não foram escriturados.

Em verdade, a autuação deveria ser conduzida pelo extravio ou falta de apresentação dos livros fiscais, quando intimado pelo Fisco, e não pela falta de escrituração.

Assim sendo, em face de existência de vícios insanáveis no procedimento fiscal, pois a matéria fática não é condizente com o enquadramento legal aplicado pelo autuante, as infrações 05 e 06 são nulas na forma do art. 18, do RPAF/99. Recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do mesmo RPAF/99.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03 e 07 são subsistentes e as infrações 04, 05 e 06 nulas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

De ofício, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 1.457/1.467, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Suscita decadência do direito da Fazenda constituir o crédito tributário, de parte do ano de 2007, devendo o mesmo ser extinto na forma do art. 156 do CTN.

No que se refere às infrações de nº 1, 2 e 7, diz que possui todas as notas fiscais das mercadorias relacionadas, as quais comprovam a inexistência do fato gerador a ensejar a aplicação de qualquer multa contra o recorrente.

Destaca que de acordo com as notas fiscais, a quase totalidade dos produtos comercializados são isentos do ICMS, por se tratarem de soros, vacinas, antibióticos, anti-inflamatórios, parasiticidas, sal mineral, enxofre, vitaminas, suplementos destinados a pecuária, raticidas, formicidas, inseticidas, fungicidas e adubos.

Argui que o entendimento da Decisão de piso está equivocada, quanto à alegação de que, para sofrer a isenção a mercadoria deve ter destinação como insumo agropecuário, pois a natureza de insumo agropecuário é inerente ao produto, de forma que a norma regulamentadora não deixa margem de discricionariedade para que se verifique qual a destinação que será dada à mercadoria pelo consumidor final.

Assevera que conforme restou demonstrado nos autos, cumpriu a diligência solicitada, no sentido de apresentar todas as notas fiscais, não tendo, contudo, o agente fiscal aceitado tais documentos sob a alegação de que estavam ilegíveis.

Considera que já se passaram 06 (seis) anos desde o exercício de 2007, de sorte que os documentos solicitados, por óbvio, estão envelhecidos, mas jamais ilegíveis.

Alega que tendo apresentado os documentos comprobatórios das suas razões de defesa, deveria o autuante ter anexado ao processo administrativo as citadas notas fiscais para serem devidamente analisadas.

Pontua que a referida isenção tem consequência direta não só na suposta infração 1, como também nas de número 2, 3 e 7.

Ressalta que das notas fiscais apresentadas, verificar-se-á de forma clara que a apuração de ICMS realizada através das planilhas de fls. 1402 a 1405 ainda está bastante aquém da realidade, uma vez que o percentual de mercadorias isentas comercializadas pelo recorrente ultrapassa 90% (noventa por cento) da totalidade.

Considera que o ato praticado pelo autuante, no sentido de recusar os documentos fiscais apresentados, configura, de forma clara, o cerceamento do direito de defesa do recorrente a ensejar a completa nulidade do presente Processo Administrativo.

Diz que a elaboração do demonstrativo sugerido pela JJF é de responsabilidade do autuante, o qual, de posse dos documentos fiscais, irá relacionar os produtos comercializados, datas e valores recolhidos, não podendo ser repassado ao contribuinte determinadas incumbências que são inerentes ao Fisco, de sorte que seria obrigação do recorrente possuir os documentos fiscais e

fornecê-los quando solicitados, o que havia sido feito.

No tocante a infração 2, aponta equívoco na Decisão de piso ao declarar a subsistência da infração e afirmar que a mercadoria “ração pet” encontrava-se sob o regime de substituição tributária, afirmando, no entanto, que é devida a antecipação tributária.

Isso porque o regime de substituição tributária tem como efeito o encerramento do ciclo de tributação, de forma que a apuração do tributo é realizada antecipadamente, seguindo o sistema de débito e crédito, de forma individualizada, diferenciando-se, portanto, do regime normal de apuração.

Ressalta que sendo certo que o regime de substituição tributária encerra o ciclo de tributação, ilógico seria tributar normalmente as operações subsequentes, o que resultaria em nítido bis in idem.

Quanto à infração 7, informa não haver qualquer comprovação nos autos de que tenha procedido com declaração incorreta de dados através da DMA.

Transcreve o art. 42, II da Lei nº 7.014/96, verificando que a multa de 60% é sobre o valor do imposto não recolhido.

Nesta seara, argui que além de não haver falta de recolhimento de imposto, o Fisco está aplicando tal alíquota sobre todos os valores negociados pelo recorrente, até mesmo os produtos isentos.

Aduz que caso houvesse motivos reais para a aplicação da multa, o cálculo correto desta deveria considerar apenas as transações de produtos não isentos, que possuam imposto a ser recolhido.

Por fim, referente à infração 03, repete o argumento da infração 7, de que a multa deveria considerar apenas as mercadorias sujeitas a tributação e que não tivesse o imposto sido recolhido.

Argumenta que quase a totalidade dos valores constantes na base de cálculo referem-se a transações isentas de ICMS, bem como que todas as comercializações tributadas tiverem seus respectivos impostos recolhidos antecipadamente em função do regime de substituição tributária, demonstrando a ilegalidade da multa, na forma calculada pelo agente fiscal.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior às fls. 1.480/1.483 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário pelas razões a seguir expostas.

Rechaça a alegação de decadência com base no art. 107-A do COTEB.

Transcreve o art. 20 do RICMS/BA, destacando que a isenção para os produtos descritos no texto legal prescinde para sua perfectibilização de que seja comprovado pelo contribuinte a destinação dada aos mesmos.

Esclarece que a concreção da isenção não tem relação direta com o produto, mas com sua destinação, tendo um sentido extrafiscal emitente.

Ressalta que em relação às notas fiscais apresentadas, não houve qualquer recusa no recebimento das mesmas, mas que as mesmas estão absolutamente ilegíveis, consoante exposto no Parecer ASTEC nº 16/2013, não havendo qualquer cerceamento ao direito de defesa.

Por fim, destaca que quanto a infração 7 o Recorrente apenas alegou que não existia nos autos comprovação do erro de declaração, sendo insubsistente o apelo, vez que a incorreção está demonstrada por livros e documentos fiscais do contribuinte.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido de R\$1.135.220,56 para R\$341.495,90, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de

Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 1, 2, 3 e 7.

Início meu julgamento pelo Recurso Voluntário.

Preliminarmente, quanto a prejudicial de decadência, entendo que o art. 150, §4º do CTN só deve ser aplicado nos casos em que o lançamento por homologação for acompanhado do recolhimento, ainda que parcial, do imposto, haja vista que a Lei atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento e a Fazenda, ao tomar conhecimento, homologar.

No caso em que não houve o recolhimento do imposto não cabe a aplicação do art. 150, §4º do CTN, pois não há o que homologar, devendo ser aplicado o previsto no art. 173, I do CTN, prorrogando o início da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.

Assim, as infrações 1, 2 e 3 versam sobre a falta de recolhimento do imposto, ao passo que a infração 07 refere-se à multa por descumprimento de obrigação acessória, por onde aplico o art. 173, I do CTN.

Passo à análise do mérito.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

O cerne da defesa é a alegação que a quase totalidade dos produtos comercializados são isentos do ICMS e que as notas fiscais que comprovariam suas alegações foram recusadas pelo autuante.

Verifico que na busca pela verdade material, o feito foi convertido em diligência, ainda na primeira instância e através do Parecer ASTEC nº 16/2013, a fiscal diligente certificou que as notas fiscais estavam ilegíveis, anexando prova da elegibilidade às fls. 1.411/1.417.

A infração 1 decorre da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, cabendo ao Recorrente provar que nos termos do §1º do art. 352-A do RICMS/BA, o imposto não seria devido.

Ocorre que a isenção prevista no art. 20 do RICMS/BA é condicionada à comprovação da destinação das mercadorias, haja vista que consta expressamente no final do dispositivo legal a expressão “vedada a aplicação do benefício quando dada ao produto destinação diversa”.

Assim, as notas fiscais de saída são imprescindíveis ao deslinde do feito e não tendo o Recorrente se desincumbido de provar suas alegações, mantenho a infração.

De ofício corrijo o lançamento do mês de setembro de 2007, que por equívoco do autuante, foi lançado o valor de R\$5.507,57 (referente ao mês de outubro de 2007), quando, conforme o demonstrativo à fl. 25, o correto seria R\$3.422,91.

À infração 2 acusa o cometimento da falta de recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, enquadrada no art. 371 do RICMS/97, a seguir transcrito:

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

As mercadorias autuadas são na maior parte rações tipo “pet” para animais domésticos, inserida na substituição tributária por força do Convênio ICMS 100/97.

O Recorrente não apresenta elementos capazes de desconstituir a infração, razão pela qual a mantenho.

A infração 3 acusa a falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, enquadrado no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito:

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:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Para esta infração, o Recorrente apesar de devidamente intimado pela fiscalização, mesmo constando da Intimação que o não atendeu resultaria na aplicação da multa, por três vezes, insistiu em descumprir a legislação estadual, uma vez que o artigo 708-B, do RICMS/97, determina que o contribuinte fornecerá ao Fisco os documentos e o arquivo magnético de que, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Assim, como o contribuinte não atendeu a Intimação o autuante agindo corretamente, aplicou a multa de 1% sobre o valor das vendas de mercadorias do período de apuração, conforme demonstrativo à fl. 568.

Por fim, através da infração 7 é imputado ao Recorrente a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA.

Neste ponto a defesa é equivocada, pois o Recorrente entende ter sido enquadrado no art. 42, II da Lei nº 7.014/96, se insurgindo neste sentido, quando na verdade, a multa cobrada é fixa de R\$140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c”, quando ocorrer a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios.

O RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, o Recorrente nada trouxe ao processo que comprovasse suas alegações, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração ou alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal, segundo estabelece o art. 143 do RPAF/BA, não desonerando o Recorrente da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Passo a análise do Recurso de Ofício quanto às infrações 4, 5 e 6.

A infração 4 versa sobre a falta de recolhimento do imposto, constatada através de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa.

A JJF entendeu que a infração é Nula, em razão da verificação que os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, foram excluídas, quando somente após apurada omissão de operações de saídas de mercadorias que os referidos valores poderiam ser excluído do cálculo do ICMS devido, desde que provado pelo Sujeito Passivo, em consonância com a Instrução Normativa nº 56/2007.

De fato, o art. 1º da referida Instrução Normativa prevê que “Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.”

Em outras palavras, primeiro deve-se apurar a omissão, para depois fazer as exclusões das operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, e não ao contrário.

Nestes termos, considerando que a metodologia adotada pela Fiscalização está em desconformidade com o Roteiro de Auditoria de Caixa, mantenho a Decisão de piso que anulou a infração com fulcro no art. 18, do RPAF/99.

Por fim, as infrações 05 e 06 acusam o Sujeito Passivo de falta de escrituração de livros fiscais e do livro Registro de Inventário, respectivamente, sendo observado pela Primeira Instância que, na verdade trata-se de extravio ou falta de apresentação dos livros fiscais, quando intimado pelo Fisco, conforme informado pelo autuante no momento em que prestou informação fiscal.

Analizando as infrações, observo que o Sujeito Passivo, intimado para apresentar livros e documentos fiscais, não atendeu as intimações, sob justificativa de extravio dos referidos livros, não autorizando a presunção de que os livros não foram escriturados.

Ante ao exposto, tendo a JJF verificado que a descrição dos fatos não se coadunam com as informações prestadas pelo autuante, correta a Decisão de piso que anulou os lançamentos.

Em atenção ao art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, observado o prazo decadencial.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, corrigindo, de ofício, o valor lançado na ocorrência de setembro de 2007 da infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados mantendo a decisão recorrida e, de ofício corrigir o valor lançado na ocorrência de setembro 2009 da infração 1 a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298921.0003/12-0**, lavrado contra **ICA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$298.547,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de **R\$40.864,06**, previstas nos incisos XIII-A, “j” e XVIII, “c”, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS