

A. I. Nº - 300766.0007/13-8
AUTUADO - R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 27.08.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-02/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. CONTA CORRENTE DO ICMS. RECONSTITUIÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovadas as acusações fiscais, não tendo o autuado logrado êxito em elidi-las. Exigências subsistentes. 2) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA NORMALMENTE. MULTA. Item não contestado. Exigência tacitamente reconhecida. Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA, QUANDO INTIMADO. MULTA. Comprovado o descumprimento da obrigação tributária acessória, apesar de intimado, submetendo-se a multa específica. Razões de defesa insuficientes para elidir a exigência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2013, para exigir o montante de R\$131.076,38, referente a quatro infrações, a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$5.522,04, referente a operações escrituradas incorretamente nos livros fiscais próprios, conforme planilhas “AUDIF – AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS 2010 e 2011, acompanhadas dos demonstrativos onde são calculados CRÉDITOS GLOSADOS; ESTORNO DE CRÉDITOS APURADOS e DÉBITO APURADO”, inerentes aos meses de julho de 2010, março e abril de 2011;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$52.137,24, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Divergência também no livro Registro de Saídas e a transposição para o livro Registro de Apuração do ICMS, conforme detalhado no demonstrativo “AUDIF 201 – AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS ANOS 2010 e 2011; AUDIF – AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS – Estorno de Crédito em valor proporcional as vendas internas de prod. isentos – 2010; AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS – Débitos Apurados no RAICMS erro de transcrição dos valores do imposto debitado 2010 e divergência entre a coluna do ICMS – saídas (RAICMS) e o valor Débito Normal em 2011; AUDIF 202 – AUD EM DOC E LANÇAMENTOS FISCAIS – Relação dos DAES ICMS ANT PARCIAL POR MÊS DE PGTO 2010 e 2011 e AUDIF 202 – AUDITORIA EM DOC E LANÇAMENTOS FISCAIS – Relação dos DAES REGIME NORMAL POR MÊS DE REF – 2010 e 2011”.

INFRAÇÃO 3 – Multa de R\$939,63, correspondente a 60% sobre a parcela do ICMS por antecipação parcial que deixou de ser paga, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, maio e novembro de 2010;

INFRAÇÃO 4 – Multa de R\$72.477,47, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos, exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com

dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Em sua defesa, às fls. 325 a 330 dos autos, preliminarmente, o sujeito passivo aduz que o estabelecimento autuado possui a atividade de “Alimentos e Rações para Animais”, a qual tem incentivo fiscal da isenção nas vendas internas e, nas saídas para outro Estado, goza da redução da base de cálculo de 60%, com direito ao crédito destacado na nota fiscal de origem, conforme cláusula quinta do Convênio ICMS 100/97.

Em relação à primeira infração, diz que constatou que o autuante glosou os créditos das compras de rações para animais no ano de 2010 e 2011, conforme planilhas às fls. 30 a 35 dos autos. Transcreve a citada legislação e diz que a auditoria não atentou ao tratamento especial determinado na cláusula quinta do Convênio ICMS 100/97 e no art. 20 da LC 87/96, pois é direito do sujeito passivo creditar-se do imposto anteriormente pago para compensar com o débito na nota fiscal em saída para outro Estado. Pede a nulidade da exigência.

No tocante à quarta infração, o defendente diz que, sem justificar os erros, o autuante cobra multa percentual de 5% da receita bruta, quando na verdade na própria infração está escrito um percentual de 1%. Cita Acórdão da 2ª CJF nº 0189/2003, no qual entende que as DMA's comprovam e substituem o arquivo magnético, pois nela está informado todo movimento mensal do contribuinte.

Pede a procedência da justificativa da defesa, do que, como prova de suas alegações, anexa documentos às fls. 331 a 449 dos autos.

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 452 a 456 dos autos, inicialmente salienta que as infrações 1 e 2 decorreram de operações escrituradas incorretamente nos livros fiscais, cujas irregularidades foram demonstradas nos papéis de trabalho às fls. 28 a 43-A do PAF.

Salienta que a autuada cometeu diversas irregularidades, tanto alterou para mais os valores do imposto creditado no Livro Registro de Entradas, quanto alterou para menos os valores do imposto debitado no Registro de Saídas, fazendo transposição para o livro Registro de Apuração do ICMS, com os mesmos erros, e conseqüentemente apurando um saldo devedor menor do que o real.

Diz que, ao refazer a Conta Corrente Fiscal do Contribuinte, apurou diversos créditos a ser glosados, tais como: soma incorreta na coluna imposto creditado no Registro de Entradas e valor transportado para o RAICMS com o mesmo erro; valores creditados sem que houvesse destaque no documento fiscal (emitido por ME do Simples Nacional); crédito de ICMS escriturado a mais: ora por considerar alíquota maior, ora por simplesmente aumentar o valor do crédito; crédito indevido de produtos já substituídos (ex.: cimento); créditos referentes a serviços de telefonia e de energia elétrica, todos discriminados e explicados um a um nos demonstrativos fiscais. Cita exemplo do crédito glosado em 05/11/2010, de R\$ 1.000,00, por creditar-se a mais, conforme NF 218836 e RE, às fls. 158/159 e 302 dos autos. Também aponta os Estornos de Créditos Apurados e os Débitos Apurados a menos.

A autuante ressalta que o estabelecimento autuado possui atividade de comércio atacadista de rações, logo, não é uma empresa agropecuária. Sustenta que os créditos a que a empresa tinha direito não foram glosados, conforme se verifica no RAICMS, às fls. 51 a 90 dos autos, cujos créditos escriturados no quadro CRÉDITOS DO IMPOSTO no item OUTROS CRÉDITOS, a exemplo do mês de janeiro 2010, às fl. 52, no valor de R\$ 1.738,80, trata-se de vendas interestaduais de milho, recolhidos com DAE de receita de operação eventual, foram todos aceitos pela fiscalização, visto que, até 30/04/2010, conforme estabelecido no item VI, do art. 104, do RICMS/97, o Estado não exigia o estorno do crédito fiscal relativo às *entradas dos produtos de uso agropecuário*. Entretanto, a partir de 01/05/2010, a manutenção do crédito nas saídas com isenção do imposto, passou a ser relativo somente para os estabelecimentos agropecuários, conforme a nova redação do dispositivo legal acima citado.

Assim, por ser o autuado um estabelecimento comercial, não teria direito a utilizar os créditos referentes aos produtos isentos (ração animal – art. 20, do RICMS, c/c Convênio ICMS 100/97), quando as suas saídas fossem para dentro da Bahia.

Entretanto, como no momento da compra a destinação da venda é desconhecida, ou seja, se para o mercado interno ou para outros Estados da federação, o contribuinte teria que atender o que está estabelecido no art. 100 e art. 102, do RICMS/97. Resumidamente, quando as operações de saídas são algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas ou com redução de base de cálculo, a autuada teria que separar as quantidades vendidas nessas situações tributárias (quantidade vendida para fora do Estado com redução de base de cálculo e quantidade vendida com tributação normal), pegar o preço da aquisição mais recente (última compra daquela mercadoria), multiplicar pela quantidade vendida sem tributação e aplicar a alíquota preponderante ou a média das suas aquisições (12% ou 7%), esse valor encontrado deveria ser estornado no livro Registro de Apuração de ICMS no último dia do mês. Fazer o estorno proporcional também das saídas com redução de base de cálculo. Como a autuada não satisfaz o estabelecido na legislação, foi elaborada a planilha às fls. 36 a 38, e transportada para a planilha à fls. 28 dos autos.

Diz que a autuada, além dos erros praticados com relação aos créditos do ICMS e aos estornos de créditos, ainda apurou a menos os valores dos DÉBITOS do ICMS, conforme consta no demonstrativo às fls. 38 e 39, mas os referidos valores não foram questionados pelo contribuinte em sua defesa.

Assim, a autuante afirma que os demonstrativos fiscais para apurar os valores do ICMS devido não contêm nenhum erro e comprovam que a autuada tanto não pagou o imposto devido nos meses de julho/2010; março e abril/2011, como também recolheu a menos ICMS em janeiro, março, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010; janeiro, fevereiro, e de maio a dezembro de 2011, conforme resumo às fls. 43-a dos autos, sendo, portanto, as infrações procedentes.

Quanto à infração 3, a autuante diz que a autuada não a questionou, sendo tacitamente aceito.

Inerente à infração 4, a autuante aduz que a autuada forneceu, através de arquivos magnéticos do SINTEGRA, informações divergentes dos constantes nos seus livros e documentação fiscal e que, embora devidamente intimada, conforme constam às fls. 10 a 25 dos autos, para apresentar arquivos magnéticos sem dados divergentes, não cumpriu com o solicitado.

Assim, por ter o contribuinte infringido o entendimento dos art. 708-A, III, e §§3º, 4º e 5º, do art. 708-B, do RICMS/97, vigente no período fiscalizado, foi-lhe aplicada a penalidade prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07.

Destaca o preposto fiscal que DMA e Arquivos Magnéticos do SINTEGRA são ferramentas diferentes e complementares para a fiscalização. Salaria que o Acórdão da CJF nº 0189-12/2003, sobre a falta de entrega de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, não se aplica ao caso concreto, pois, no Auto de Infração, não foi aplicada nenhuma penalidade que retratasse esse fato.

Assim, foi aplicada a multa de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, informadas nos arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, consoante cópias anexas às fls. 91 a 282 dos autos, limitada a 1% do valor das operações de saídas, conforme demonstrado à fl. 48 do PAF.

Por fim, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações, com o débito exigido no montante de R\$131.076,38.

Inicialmente, ressalte-se que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Também há de se ressaltar que, por não ter sido objeto de contestação, a infração 3 considera-se tacitamente reconhecida pelo autuado e, em consequência, subsistente.

No mérito, quanto às duas primeiras infrações, o autuado apenas alega que o preposto fiscal não atentou ao tratamento especial determinado na cláusula quinta do Convênio ICMS 100/97 e no art. 20 da LC 87/96, pois é direito do sujeito passivo creditar-se do imposto anteriormente pago para compensar com o débito na nota fiscal em saída para outro Estado.

Contudo, conforme bem salientou a autuante em sua informação fiscal, os créditos a que o autuado tinha direito não foram glosados, visto que, até 30/04/2010, conforme estabelecido no item VI, do art. 104, do RICMS/97, o Estado não exigia o estorno do crédito fiscal relativo às *entradas dos produtos de uso agropecuário*. Entretanto, a partir de 01/05/2010, a manutenção do crédito nas saídas com isenção do imposto, passou a ser relativo somente para *os estabelecimentos agropecuários*, conforme a nova redação do dispositivo legal acima citado. Como o autuado não se trata de um estabelecimento agropecuário, mas, sim, de estabelecimento comercial, não pode usufruir de tal benefício a partir desta data de 01/05/2010.

Registre-se que, por se tratar o Convênio ICMS 100/97 de uma norma autorizativa, conforme sua cláusula quinta, a legislação baiana passou, a partir de 01/05/2010, não exigir a anulação do crédito dos produtos objeto da isenção apenas às entradas em *estabelecimento agropecuário*.

Ademais, como dito na informação fiscal e consignado nos demonstrativos fiscais, as exigências decorrem também de: soma incorreta na coluna imposto creditado no Registro de Entradas e valor transportado para o RAICMS com o mesmo erro; valores creditados sem que houvesse destaque no documento fiscal (emitido por ME do Simples Nacional); crédito de ICMS escriturado a mais: ora por considerar alíquota maior, ora por simplesmente aumentar o valor do crédito; crédito indevido de produtos já substituídos (ex.: cimento); créditos referentes a serviços de telefonia e de energia elétrica, além dos erros praticados com relação à apuração a menos nos valores dos débitos do ICMS, conforme demonstrado às fls. 28 a 39 dos autos.

Assim, por não ter o defendente comprovado qualquer equívoco existente nos números apurados no levantamento fiscal, não logrou êxito em destituir as acusações fiscais, visto que suas alegações de defesa não elidem as exigências fiscais, sendo as infrações 1 e 2 subsistentes.

No tocante à infração 4, na qual se exige a multa no valor de R\$72.477,47 em razão do descumprimento de obrigação tributária acessória, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, tendo sido intimado, nos termos previsto no art. 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/97, à fl. 21 dos autos, em 27/09/2013, para no prazo de trinta dias corrigir as inconsistências apontadas na aludida intimação. Contudo, o contribuinte não cumpriu com sua obrigação tributária acessória, se submetendo à multa prevista no art. 42, XIII-A, inciso “i”, da Lei nº 7.014/96, conforme memória de cálculo demonstrada às fls. 48 a 50 dos autos.

Por sua vez, o autuado limita-se apenas a alegar que, sem justificar os erros, o autuante cobra multa percentual de 5% da receita bruta, quando na verdade na própria infração está escrito um percentual de 1%. Cita Acórdão da 2ª CJF nº 0189/2003, no qual entende que as DMA's comprovam e substituem o arquivo magnético, pois nela está informado todo movimento mensal do contribuinte.

Contudo, há de se registrar que os demonstrativos citados comprovam as irregularidades apontadas pelo fisco e que o contribuinte não logrou êxito em elidir a acusação, cuja penalidade é específica à infração, a qual restou comprovada, não tendo o acórdão citado pelo defendente vinculação com o caso concreto.

Porém, verifico que existe um erro material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, referente à data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, haja vista que, antes ou durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração.

Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6, a saber:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Assim sendo, como o termo final da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos só ocorreu em 29/10/2013, somente em 30/10/2013 considera-se existente a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” de toda autuação relativa à quarta infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo-se considerar, para a quarta infração, a data de ocorrência e vencimento de 30/10/2013.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0007/13-8**, lavrado contra **R D COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.659,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, incisos “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$73.417,10**, prevista no art. 42, incisos II, “d” e XIII-A, “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR