

**PROCESSO** - A. I. Nº 110391.0018/13-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.  
**RECORRIDOS** - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0122-01/14  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 12/06/2015

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C/JF Nº 0133-11/14**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não comprovada a escrituração de notas fiscais eletrônicas (NFe) emitidas pelo estabelecimento da matriz. Mantida a Decisão. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Utilização indevida da redução da base de cálculo não prevista na legislação no período objeto da autuação. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS VALOR SUPERIOR AO EFETIVAMENTE RECOLHIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Valor lançado no livro Registro de Apuração do ICMS (outros créditos) superior ao efetivamente recolhido. Mantida a Decisão. b) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Levantamento fiscal efetuado com base nos documentos fiscais lançados no livro Registro de Entradas com créditos registrados a mais (devolução) do que o valor destacado na nota fiscal de venda correspondente. Mantida a Decisão. c) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É assegurado o direito da utilização de crédito fiscal pelo estabelecimento atacadista, relativo a mercadorias recebidas em transferência de estabelecimento matriz industrial localizado em outro Estado, cujo imposto devido por substituição é previsto na retenção das operações subsequentes. Mantida a Decisão pela improcedência da infração. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Imposto recolhido a menos. Utilização indevida de redução da base de cálculo não prevista no período fiscalizado. Mantida a Decisão. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b.2.) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Descabe a exigência do imposto por antecipação relativo a mercadorias recebidas por estabelecimento atacadista localizado no Estado da Bahia, em transferências de estabelecimento industrial localizado em outro Estado. A legislação prevê que o**

destinatário das mercadorias é responsável pela retenção e recolhimento do imposto referente às operações internas subsequentes, mediante aplicação da MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento industrial. Mantida a Decisão da improcedência das infrações 6 e 7. **5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES.** Montante apurado de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, superior ao limite de 1% do valor das operações de saídas, que corresponde ao valor exigido de acordo com o disposto no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96. Mantida a multa. **b) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO.** O enquadramento previsto nos artigos 686 e 708-A do RICMS/97 prevê aplicação da multa pela não entrega do arquivo magnético no prazo regulamentar, que não corresponde a situação fática de intimação para corrigir arquivos magnéticos entregues com inconsistências. Mantida a Decisão pela insubsistência da infração. **6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA.** Documentos juntados ao processo comprovam divergências entre os valores informados na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) confrontado com os registrados no livro de Apuração do ICMS. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou os valores exigindo nas infrações 6, 7 e 10, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação aos valores remanescentes das infrações 1 a 5 e 8, 9 e 11, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 06/09/13, exige valores de ICMS e multas totalizando R\$415.269,18, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

- 1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008, janeiro a maio e dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias - R\$46.520,18;*
- 2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na apuração da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (abril a junho/09) - R\$100.212,86, acrescido da multa de 60%;*
- 3. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação (janeiro, março, abril e setembro/08) - R\$7.777,92, acrescido da multa de 60%;*
- 4. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização (abril a agosto/09) - R\$121.140,02. Multa de 60%;*
- 5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais (janeiro a dezembro/08, janeiro a março/09) - R\$10.908,03, acrescido da multa de 60%;*
- 6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação,*

*relacionadas nos anexos 88 e 89 [art. 353, II, do RICMS/BA/97], no mês de abril/09 - R\$13.659,53, acrescido da multa de 60%;*

- 7. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por 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, II, do RICMS/BA/97], nos (maio e julho/09) - R\$3.334,35, acrescido da multa de 60%;*
- 8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária (abril e maio/09) - R\$6.523,96, acrescido da multa de 60%.*
- 9. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes 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 (janeiro a dezembro/08, março a dezembro/09), sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória - R\$99.532,33;*
- 10. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), (janeiro e dezembro/08, janeiro e dezembro/09), sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória - R\$5.520,00;*
- 11. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS – dezembro/09), sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória - R\$140,00.*

A 1ª JJF na apreciação da lide proferiu inicialmente afastou a nulidade suscitada de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de não juntada das cópias das notas fiscais arroladas na autuação, fundamentando que foi observado o disposto no art. 39 do RPAF/BA, e que se trata de notas fiscais eletrônicas (NFe) emitidas pela própria empresa (CNPJ/MF sob nº 35.504.133/0001-80), estabelecida no município de Patos/PB, não se tratando de notas fiscais obtidas junto à terceiro, cujas cópias dos demonstrativos foram entregues ao contribuinte, o que possibilitou exercer o direito de defesa.

No mérito, apreciou que:

*No que concerne à infração 01, verifico que a alegação defensiva de que as notas fiscais indicadas como não registradas não foram acostadas aos autos, sendo estes os principais elementos que poderiam provar a suposta infração que lhe é imputada não se sustenta.*

*Isto porque, o autuante acostou aos autos e o autuado recebeu o demonstrativo “RELAÇÃO DE DOCUMENTOS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS”, no qual constam todas as notas fiscais arroladas na autuação referentes a transferências realizadas pelo estabelecimento matriz localizado na Paraíba para o estabelecimento autuado filial de Feira de Santana.*

*Em verdade, não se trata de notas fiscais obtidas junto à terceiro, mas sim de notas fiscais eletrônicas – NF-e – emitidas pela matriz destinadas ao estabelecimento autuado.*

*É certo que caberia ao autuado comprovar a escrituração das referidas notas fiscais o que, de fato, não fez.*

*Diante disso, este item da autuação é subsistente.*

*Quanto à infração 02, apesar de o autuado alegar que a descrição da infração suscita dúvidas sobre qual base de cálculo se refere, tendo em vista que comercializa mercadorias tributadas normalmente, assim como sujeitas ao regime de substituição tributária, verifica-se claramente no demonstrativo elaborado pelo autuante, que a acusação fiscal decorreu do fato de o autuado ter utilizado a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXVI, do RICMS/BA/97 quando já se encontrava revogada pelo Decreto nº 11462, de 10/03/2009, efeitos a partir 01/04/2009. Ou seja, no período de 01/04/2009 a 30/06/2009 o autuado ainda continuou utilizando a redução da base de cálculo já revogada, conforme consta no demonstrativo de fls. 156 a 328..*

*Desse modo, esta infração é subsistente.*

*Relativamente à infração 03, observo que o autuado alega que o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, indica o pagamento da complementação da carga tributária, que corresponde a diferença entre a alíquota interna de 17% e as alíquotas interestaduais, no caso do Nordeste 12%, quando das aquisições noutros Estados de mercadorias tributadas normalmente. Diz que efetuou corretamente o creditamento utilizando-se da alíquota de 17%, havendo equívoco por parte do autuante.*

*Noto também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que o lançamento diz respeito ao creditamento a mais a título de “Outros Créditos”, detectado após cotejo entre os valores recolhidos e os valores lançados nos livros fiscais. Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatório de fl.*

330 e demais provas de fls. 331 a 385

*Em verdade, no caso deste item da autuação, o que se verifica é que o autuado recolheu o ICMS antecipação parcial - cuja admissibilidade do crédito fiscal é pacífica quando se tratar de mercadorias cujas operações de saídas sejam tributadas normalmente – contudo, lançou a título de “Outros Créditos” no seu livro Registro de Apuração do ICMS um valor a mais do que o efetivamente recolhido. Ou seja, a Fiscalização após efetuar o cotejo entre o ICMS antecipação parcial recolhido pelo autuado e o lançado a título de crédito fiscal no seu livro fiscal Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, apurou o valor creditado a mais do que o recolhido, conforme se verifica no “DEMONSTRATIVO DO CREDITAMENTO A MAIOR A TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS - ICMS de fl. 330. Consta no referido demonstrativo o valor do ICMS lançado no livro Registro de Apuração do ICMS; o valor recolhido; e o valor lançado a mais; deduzido o saldo credor (crédito fiscal) existente, sendo exigido o saldo não comprovado no período objeto da autuação.*

*Dessa forma, esta infração é subsistente.*

*No respeitante à infração 04, verifico que o autuado alega que o autuante incorreu em equívoco, haja vista que o IPI não vem destacado no documento fiscal por não haver previsão legal para a sua incidência na espécie, portanto, não podendo ser incluído na base de cálculo para determinação do ICMS substituição tributária. Diz que o próprio artigo 61, I, II, do RICMS/BA, citado no Auto de Infração, pretensamente suporte para a autuação não carece de esclarecimentos, pois é claro.*

*Vejo também que o autuante rechaça a argumentação defensiva, afirmando que inexistente qualquer relação com IPI. Registra que no presente caso o autuado apurou e recolheu o ICMS – Antecipação Parcial com base de cálculo reduzida, no período 01/04/2009 a 22/08/2009. Afirma que restou comprovado o lançamento, consoante relatórios de fls. 387 a 391 e demais provas de fl. 392.*

*Efetivamente, apesar de na peça defensiva o autuado haver discorrido longamente sobre a incidência do IPI e a sua inclusão na base de cálculo do ICMS, inclusive invocando a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, o que se verifica no caso deste item da autuação é que a exigência fiscal diz respeito às mercadorias vinho e coquetel, que no período objeto da autuação - 30/04/2009 a 31/08/2009 – se encontravam sujeitas à antecipação parcial do ICMS, tendo o autuado recolhido a menos o imposto, em face de utilização de redução da base de cálculo. Ou seja, não houve cômputo do IPI na base de cálculo do ICMS antecipação parcial, conforme aduzido pelo autuado.*

*Quanto à alegação defensiva de existência de concessão pelo Exmº Desembargador José Mário Dos Martins Coelho da comarca de Fortaleza de Decisão liminar do Mandado de Segurança nº 2008.0038.9583-8 dando provimento ao pedido e determinando que a autoridade coatora abstenha-se de incluir o valor do IPI na base de cálculo do ICMS, quando das operações interestaduais de mercadorias da fábrica situada no município de Patos/PB para a sua filial no Estado do Ceará, por certo que tal Decisão judicial não é aplicável ao caso em apreço justamente por não se tratar de discussão sobre a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.*

*Diante disso, esta infração é procedente.*

*No respeitante à infração 05, observo que autuado alega que o autuante não acostou aos autos cópias dos documentos fiscais indicados como lançados no livro Registro de Entradas com créditos registrados a mais da mesma forma do que ocorreu na infração 01.*

*Vejo também que o autuante contesta a argumentação defensiva, dizendo que pela natureza da infração percebe-se que se trata de notas fiscais apresentadas ao Fisco para realização dos trabalhos de auditoria e ao final restou comprovado utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais fornecidos para aferição da regularidade dos créditos utilizados. Ressalta que desse modo, não se trata de provas obtidas junto à terceiro. Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 394 a 411 e demais provas fls. 477 a 501.*

*De fato, pelo enunciado da própria infração - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais – é possível inferir que não se trata de auditoria fiscal fundamentada em provas obtidas junto à terceiro, haja vista que realizada nos livros fiscais do próprio autuado, cujos lançamentos foram efetivados com fundamento nas notas fiscais entregues a Fiscalização.*

*Verifico que o autuante elaborou o “DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS UTILIZADOS A MAIOR REFERENTES DEVOLUÇÃO DE VENDAS (VENDAS EFETUADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E DEVOLVIDAS SEM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO) OCASIONANDO ICMS UTILIZADO A MAIOR”, acostado aos autos às fls. 399 a 411, que permite concluir pelo acerto da autuação.*

*Desse modo, não se sustenta a argumentação defensiva, sendo subsistente este item da autuação.*

*No tocante à infração 06, observo que o autuado alega que as operações com bebidas quentes foram submetidas ao regime de substituição tributária através do Protocolo ICMS 14/05, cuja adesão do Estado da Bahia ocorreu através do Protocolo ICMS 134/08.*

*Afirma que, no presente caso, a mercadoria constante do documento fiscal indicado não está inserida ou faz*

*parte das exceções, nas classificadas na posição 2205 da Nomenclatura Comum do Mercusul – NCM, bem como bebidas quentes classificadas na posição 2208. Diz que neste contexto este item da autuação não merece acolhimento. Frisa que no intuito de melhor entendimento e clareza transcreve trechos do Protocolo ICMS 14/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.*

*Consigna que o cerne da questão se concentra na omissão, na obscuridade, no erro de aplicação da legislação pertinente e na falta de observância das normas legais que regulam as operações com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, no caso, bebidas quentes.*

*Vejo que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que esta infração se refere à falta de recolhimento do ICMS “Substituição Total”, referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição, no caso vodka e conhaque, classificadas na NCM 22086000 e 220889000, respectivamente.*

*Constato que este item da autuação é improcedente, haja vista que o próprio demonstrativo elaborado pelo autuante denominado “DEMONSTRATIVO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TOTAL (PROD. ENQUADRADO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TOTAL)”, fl. 503 dos autos, identifica as mercadorias vodka e conhaque com as respectivas notas fiscais, sendo possível verificar que estas notas fiscais foram emitidas pelo estabelecimento matriz do autuado localizado no Estado da Paraíba, portanto, tratando-se de transferência entre o estabelecimento industrial e a sua filial atacadista localizada neste Estado, situação que descabe o recolhimento do ICMS por antecipação, exigido neste item da autuação, consoante determina o art. 355, I, do RICMS/BA/97, abaixo reproduzido:*

**Art. 355.** Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

**I -** a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

*Portanto, o autuado na condição de destinatário é responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento industrial, mas não responsável pelo recolhimento do ICMS por antecipação, conforme exigido neste item da autuação.*

*Desse modo, considerando que descabe a exigência de recolhimento por antecipação do ICMS, por se tratar de transferência, na forma prevista no art. 355, I, do RICMS/BA/97, esta infração é insubsistente.*

*No que diz respeito à infração 07, pode ser dito o mesmo que foi assinalado acima quanto à infração 06. Ou seja, por se tratar de transferência entre o estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba e a sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia, descabe o recolhimento do ICMS por antecipação, exigido neste item da autuação, em face do que estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97.*

*Diante disso, esta infração também é insubsistente.*

*Quanto à infração 08, observo que o autuado alega que as cópias das notas fiscais arroladas neste item da autuação não foram acostadas aos autos. Diz que o autuante acostou aos autos apenas demonstrativos das notas fiscais ditas como adquiridas e utilizado o crédito indevido, sendo, portanto, forçoso convir a improcedência desta infração.*

*Vejo que o autuante contesta a alegação defensiva, consignando que esta infração decorre da utilização indevida de crédito fiscal referente à mercadoria enquadrada no regime de substituição total, no caso vodka e conhaque, objeto da infração 06, portanto, não se trata de provas obtidas junto a terceiros. Diz que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 519 a 520.*

*Efetivamente, a alegação defensiva não procede, pois as notas fiscais arroladas neste item da autuação não foram obtidas junto a terceiro, mas sim junto ao próprio contribuinte, sendo, desse modo, desnecessária a juntada de cópias aos autos, haja vista que do seu pleno conhecimento.*

*Entretanto, não vejo como prosperar a acusação fiscal de que cuida este item da autuação, haja vista que a descrição no Auto de Infração apresenta o seguinte enunciado: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, enquanto o próprio autuante na informação registra que esta infração decorre da utilização indevida de crédito fiscal referente à mercadoria enquadrada no regime de substituição total, no caso vodka e conhaque, objeto da infração 06.*

*A infração 06 tem a seguinte descrição no Auto de Infração: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por 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.*

*É certo que o destinatário de mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária,*

*invariavelmente, não pode se creditar do imposto destacado no documento fiscal, em face de ocorrer o encerramento da fase de tributação, salvo as disposições expressas previstas no RICMS/BA/97.*

*Ocorre que, no caso em exame, o próprio autuante vinculou esta infração 08 com a infração 06 – que exige o ICMS por antecipação – permitindo-me inferir que não houve pagamento de imposto por substituição tributária nas aquisições, razão pela qual o imposto está sendo exigido na infração 06 por antecipação.*

*Considerando que o autuado recebeu as mercadorias vodka e conhaque em transferência do seu estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba, situação na qual descabe o recolhimento do ICMS por antecipação em face do que estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97, por certo que faz jus ao crédito fiscal destacado nas notas fiscais de transferências quando da apuração do imposto devido pelas operações de saídas próprias, em observância a não-cumulatividade do ICMS, além de ficar responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, com aplicação da MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial.*

*Diante disso, esta infração é insubsistente.*

*No que concerne à infração 09, verifico que o autuado simplesmente alega que houve um flagrante engano, haja vista que no demonstrativo acostados aos autos a multa aplicada foi de 5%.*

*Observe, também, que na informação fiscal o autuante registra que a exigência fiscal decorre do fornecimento de informações em arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com divergências, porém, mesmo intimado para corrigir as inconsistências, consoante “chek listen”, fls. 524 a 528, o autuado não corrigiu, portanto, a multa prevista para esta infração é 5% sobre a divergência limitada a 1% dos valores das operações de saídas e da prestação de serviços realizados pelo contribuinte. Afirma que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 522 e 528.*

*Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, inclusive contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.*

*O § 4º do citado art. 708-A, determina que o arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.*

*Vale observar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e 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, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA.*

*Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, sendo que terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.*

*O que se verifica no caso em exame é que após a constatação de divergências nos arquivos magnéticos apresentados no período de janeiro a dezembro de 2008 e março a dezembro de 2009, a Fiscalização intimou o autuado para corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, contudo, este não atendeu a intimação.*

*Assim, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação tributária, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e as divergências não foram sanadas, equivalendo à falta de entrega dos arquivos, este item da autuação é integralmente subsistente.*

*Entretanto, cumpro-me observar que no Auto de Infração foi indicado equivocadamente no campo “Data de Ocorrência” o último dia de cada mês fiscalizado, haja vista que ao ser intimado o contribuinte para apresentar arquivos magnéticos com divergências referentes a fatos pretéritos e este desatende a intimação, o não atendimento constitui uma infração, contudo, a ocorrência dessa infração surge no momento em que expira o prazo para apresentação dos arquivos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos constantes nos referidos arquivos.*

*O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.*

*Já o art. 708-B, cuida da entrega a ser feita à Fiscalização, quando for o contribuinte intimado nesse sentido, e*

*a entrega é feita pessoalmente ao preposto do Fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogado, se assim decidir a autoridade fiscal.*

*Conforme consta na descrição da infração, o autuado Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes nos documentos fiscais correspondentes. Assim sendo, não importa o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração, de modo que esta se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos ao Fisco, estabelecido na intimação.*

*Consoante estabelece o § 5º do art. 708-B do RICMS/BA, o prazo para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência é de 30 dias úteis. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais em virtude da falta de entrega do arquivo devidamente corrigido.*

*No caso em exame, a infração de que cuida este item da autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação efetuada para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e o contribuinte não atendeu à intimação.*

*De acordo com a intimação, o autuado foi intimado em 17/07/2013 para apresentar os arquivos magnéticos, em virtude de divergências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, cujo vencimento ocorreu em 16/08/2013, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.*

*Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu o prazo da intimação para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 16/08/2013.*

*Diante do exposto, deve o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência desta infração para 16/08/2013.*

*Conclusivamente, esta infração é subsistente com a correção da Data de Ocorrência para 16/08/2013.*

*Quanto à infração 10, verifico que o autuado alega que a infração cometida está em desacordo com o seu enquadramento, impossibilitando-lhe de apresentar a prova da sua inocência, consoante estabelece o art. 46 do RPAF/99.*

*Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, dizendo que esta infração também decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro, conforme intimação de fl. 530, o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade.*

*Em verdade, o que se verifica no caso deste item da autuação é que o contribuinte foi acusado de Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), entretanto, na própria informação fiscal o autuante consignou que a infração decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro, doc. de fl. 530, o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade.*

*Ora, se a própria Fiscalização diz que o contribuinte forneceu os arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, certamente que este enviou via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED) não procedendo a acusação fiscal de Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED).*

*Diante disso, este item da autuação é insubsistente.*

*Relativamente à infração 11, verifico que diz respeito à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais prestadas pelo autuado através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme comprovado nos documentos de fls. 533 a 540.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 626 a 640) foram reapresentados na sua quase totalidade os argumentos da defesa inicial, conforme síntese:

**Infração 1** – Se trata de notas fiscais emitidas pelo estabelecimento matriz e que não foram registradas na escrita fiscal. Alega quer não foram acostadas aos autos cópias dos documentos fiscais indicados nos demonstrativos como não registrados e que isso vai de encontro ao princípio da verdade material. Requer a declaração de nulidade ou a improcedência da autuação, a exemplo da Decisão proferida no Acórdão CJP Nº 289/2013, do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba.

Infração 2 – Indica os artigos do enquadramento (56 e 124 do RICMS/97) e alega que a descrição da infração suscita dúvidas sobre qual base de cálculo se refere, visto que comercializam mercadorias sujeitas à tributação normal e sujeitas ao regime de substituição tributária. Afirma que ficou impossibilitado de se defender. Requer reforma da Decisão pela improcedência da infração.

Infração 3 – Afirma que creditou se corretamente do ICMS antecipação parcial relativa às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Diz que houve equívoco por parte do autuante e ainda que, na Decisão foi numerada como 3-a, cerceando o direito de defesa.

Infração 4 – Argumenta que também o autuante incorreu em equívoco, tendo em vista que o IPI não foi destacado no documento fiscal e não há previsão legal para inclusão na base de cálculo para determinação do ICMS substituição tributária. Entende que o IPI é um imposto de competência da União o Fisco baiano não pode incluí-lo no campo de incidência do ICMS de determinada operação.

Discorre sobre o IPI, competência de fiscalização pela Receita Federal, incidência (art. 153, IV, da CF), posicionamento de doutrinadores sobre “operação” e transferências de mercadorias sem mudança de titularidade, e sem incidência do IPI. Aduz que a LC 87/96 determina que o IPI pode ser incluído na base de cálculo do ICMS, em duas hipóteses (i) importação (art. 12, V), (ii) licitação (art. 12,VII). Conclui que ilegal a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. E improcedente a autuação.

Ressalta que interpôs Mandado de Segurança nº 2008.0038.9583-8 e foi dado provimento, determinando que a autoridade coatora abstenha-se de incluir o valor do IPI na base de cálculo do ICMS, quando das operações interestaduais de mercadorias saído da fábrica situada em Patos/PB para a sua filial no Estado do Ceará. Também, que a Decisão numerou a infração como 4-a.

Infração 5 - Alega que como ocorrida na infração 1, as cópias dos documentos fiscais indicados como lançadas no livro REM com créditos registrados a mais, não foram juntadas aos autos, o que conduz a nulidade ou improcedência desta infração, a exemplo da Decisão proferida no Acórdão nº. 289/2013 do CRF/Paraíba. Cita o art. 46 do RICMS/BA [RPAF/99], que trata de intimação e fornecimento de documentos, salientando ainda, que a infração foi numerada como 3-b o que dificultou o exercício do direito de defesa.

Infrações 6 e 7, diz que mesmo que julgadas improcedentes, foram numeradas de forma incorreta como 3-c e 4-b2, que não constam nos autos.

Infração 8 - Alega que as cópias das notas fiscais (credito fiscal indevido/mercadorias ST) objeto da autuação não foram acostadas aos autos, para provar a suposta infração o que dificultou o exercício do direito de defesa, a exemplo da Decisão proferidas no Acórdão nº 289/13, proferido pelo CRF do Estado da Paraíba. E ainda, que a infração foi renumerada pra 4b-1 e improcedente esta infração.

Infração 9 – Comenta que a multa aplicada foi de 5% do valor das entradas ou saídas de mercadorias, mas no Acórdão JJF 122-01/14 foi fundamentado que foi aplicado multa de 1%, o que demonstra flagrante desrespeito ao contribuinte que investe no Estado, gerando emprego e renda. Além disso, a infração foi renumerada para 5-b que é inexistente. E ainda, que o valor exigido é de R\$19.906,47 e não de R\$99.532,33 como consta na pagina 4 do Auto de Infração.

Infração 10 – Diz que mesmo tendo sido julgada improcedente, foi renumerada para 5-a.

Infração 11, afirma que a tipificação da infração cometida está em desacordo como o seu enquadramento o que impossibilitou exercer o direito de defesa. Também, que não foi observado o disposto no art. 39 do RPAF/BA, tendo indicado os incisos III e IV, “a” a “d”. Requer reforma pela improcedência desta infração.

Conclui afirmando que na autuação foram cometidos diversos equívocos, com indicação de dispositivos infringidos incorretos, bem como equívocos por parte do Relator da primeira



instância, motivo pelo qual requer a procedência em parte da autuação,

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 650 a 655, inicialmente comenta as infrações e quanto ao Recurso interposto, diz que com relação à primeira infração, os documentos fiscais foram coletados no estabelecimento matriz da própria empresa (NFe), o que dispensa a sua apresentação.

Quanto à infração 2, diz que o Recurso é vago, visto que nas operações objeto da autuação foi aplicada a redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXVI do RICMS/97, que foi revogado pelo Decreto nº 11.462/09 com efeitos a partir de 01/04/09.

No que se refere à infração 3, afirma que os documentos juntados ao processo demonstram que foi creditado valor a mais no livro RAICMS do que o ICMS antecipação parcial recolhido.

Relativamente à infração 4, não ataca a conduta infracional de redução da base de cálculo que não tem nada a ver com o cômputo do IPI na base de cálculo do ICMS antecipação parcial.

Quanto às infrações 5 e 8, diz que não merece suporte as razões recursais, visto que as notas fiscais e livros acostados aos autos fazem prova do cometimento das infrações.

No tocante à infração 9, afirma que a multa de 5% proposta foi correta pois se trata de fornecimento de arquivos magnéticos com divergências (fls. 524 a 528) e que não foi corrigido. Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, face à desoneração dos valores exigidos nas infrações 6, 7, 8 e 10.

A infração 6 acusa falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação (abril/09).

Na Decisão recorrida a 1ª JJF fundamentou que em se tratando de operações com mercadorias recebidas em transferências interestaduais (bebidas alcoólicas), submetidas ao regime de substituição tributária (Protocolo ICMS 14/05), com adesão do Estado da Bahia pelo Protocolo ICMS 134/08, não cabe a exigência do ICMS-ST por antecipação ao teor do art. 355, I do RICMS/97.

Verifico que conforme apreciado trata-se de recebimento em transferência de bebidas alcoólicas (vodka e conhaque), cujas notas fiscais de origem foram emitidas pelo estabelecimento matriz.

Portanto, em se tratando de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, regulada por meio de Acordo (Prot. 14/05), é dispensada a exigência do ICMS-ST por antecipação (art. 355, I do RICMS/97) relativo à transferência do estabelecimento industrial para a filial atacadista localizada neste Estado, ficando, porém, responsável pela retenção do imposto nas saídas internas subsequentes, adotando a margem de valor adicionado (MVA) prevista para estabelecimento industrial (art. 372, §1º do RICMS/BA/97).

Ressalto que este mesmo entendimento foi externado por esta Câmara no Acórdão CJP 19-11/15, não dando provimento ao Recurso de Ofício que desonerou a infração sobre a mesma matéria e estabelecimento autuado, visto que o Protocolo ICMS 14/2006, estabelece na Cláusula Segunda que:

*Cláusula segunda. O regime de que trata este protocolo não se aplica:*

*I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante;*

*Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.*

A mesma apreciação foi aplicada à infração 7.

Pelo exposto, não merece qualquer reparo a Decisão quanto às infrações 6 e 7.

Com relação à infração 8, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, a 1ª JJF julgou improcedente por entender que em se tratando de mercadorias recebidas em transferência

de estabelecimento industrial localizado em outro Estado, é assegurado o direito do crédito fiscal, cujo ICMS-ST deve ser retido no momento das saídas da mercadoria.

Constato que os demonstrativos às fls. 519 e 520 relacionam aquisição de mercadorias (Vodka e Conhaque) recebida em transferência. Conforme apreciado na infração 6, as mercadorias são submetidas ao regime de substituição tributária, regulada pelo Protocolo ICMS 14/05. Logo, em se tratando de mercadoria recebida em transferência do estabelecimento industrial pelo estabelecimento atacadista, é dispensada a exigência do ICMS-ST por antecipação (art. 355, I do RICMS/97), ficando, porém, responsável pela retenção do imposto nas saídas internas subsequentes, adotando a margem de valor adicionado (MVA) prevista para estabelecimento industrial (art. 372, §1º do RICMS/BA/97).

Assim sendo, é assegurado o direito de lançamento do crédito fiscal, motivo pelo qual fica mantida a Decisão pela improcedência da infração 8.

Quanto à infração 10, que aplica multa de R\$1.380,00/mês, por falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado pela internet, a Decisão recorrida apreciou que o contribuinte fez a entrega dos arquivos magnéticos no prazo regulamentar, com ausência do registro 74. Foi intimado para enviar o registro (fl. 530) e não atendeu a intimação. Concluiu que os arquivos foram entregues no prazo regulamentar e insubsistente a acusação.

Constato que no enquadramento da infração foi indicada infringência ao art. 686 e 708-A do RICMS/97, culminando na aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96.

Observo que os artigos citados tratam de *arquivo magnético e entrega mensal à Secretaria da Fazenda, via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED)*. Neste caso, o enquadramento denota falta de entrega do arquivo magnético a cada mês, fato que não ocorreu e sim entrega com ausência do registro 74. Neste caso específico, a intimação para correção de arquivos entregues com inconsistências é previsto no art. 708-B do RICMS/97. Logo, conclui-se que não há consonância entre o enquadramento e a multa aplicada prevista na alínea “j”, porque se trata de obrigação acessória do contribuinte expressa no art. 708-A, do RICMS/97. Por isso, fica mantida a Decisão pela improcedência da infração 10.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

No que se refere ao Recurso Voluntário, quanto à infração 1, o recorrente alega que as notas fiscais relacionados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização não foram juntadas aos autos e requer a declaração de nulidade ou a improcedência da infração.

Constato que conforme fundamentado na Decisão recorrida, as notas fiscais objeto da autuação relacionadas no demonstrativo às fls. 20 e 21, refere-se a transferências realizadas pelo estabelecimento matriz (CNPJ 35.504.133/0001-80) localizado no Estado da Paraíba, para o estabelecimento autuado localizado em Feira de Santana. Logo, em se tratando de documentos fiscais emitidas pela própria empresa, que não foram escrituradas nos livros fiscais, cujas cópias foram juntadas às fls. 23 a 105, a própria empresa sendo detentora das NFe emitidas pela matriz destinadas ao estabelecimento autuado, não ficou impossibilitado de apresentá-las para fazer prova a seu favor.

Além disso, uma via da Nota Fiscal nº 294359 foi acostada à fl. 109 e às fls. 107 a 155 cópia espelho das demais NFe, com indicação da chave de acesso, o que difere da situação apontada na Decisão contida no Acórdão 289/2013 do CRF da Paraíba, que se reporta a situação em que as mercadorias foram adquiridas em outros Estados, sem que tivessem sido juntadas ao processo.

Pelo exposto, não pode ser acolhida a nulidade suscitada, ficando mantida a Decisão pela procedência da infração 1.

Relativamente à infração 2, o recorrente argumenta que a descrição da infração não possibilita identificar qual foi erro da constituição da base de cálculo, dificultando a sua defesa.

Constato que na descrição da infração foi indicado que a apuração do erro da determinação da

base de cálculo consta nos demonstrativos de suporte, que estão acostados às fls. 157 a 240, os quais indicam em NOTA: *O inciso XXVI do caput do art. 87 foi revogado pela Alteração nº 116 (Dec. Nº 11.462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09, efeitos a partir de 01/04/09).*

Pelo exposto, verifico que a Decisão da primeira instância fundamentou que o autuado utilizou a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXVI, do RICMS/BA/97, depois de ter sido revogado com efeitos a partir 01/04/09, para operações com bebidas alcóolicas (operações internas).

Portanto, os demonstrativos indicam as notas fiscais, a exemplo do nº 01, com valor de R\$2.075,50 (fl. 157), devidamente registrada na fl. 93 do LSM (fl. 242), na qual o autuante demonstrou o valor apurado pela empresa aplicando a redução indevida da base de cálculo e confrontou com o cálculo correto, resultando da diferença exigida, cuja cópia foi entregue ao estabelecimento autuado (fl. 541).

Assim sendo, constato que os demonstrativos evidenciam com clareza que o estabelecimento autuado apurou o ICMS aplicando redução de base de cálculo não previsto na legislação do imposto, no período fiscalizado (abril a junho/09) e não merece reparo a Decisão recorrida.

No tocante à infração 3, o recorrente argumenta que se creditou corretamente do ICMS antecipação parcial e que a Decisão foi numerada como 3-a, cerceando o direito de defesa.

Constato que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, a fiscalização elaborou demonstrativo à fl. 330 e indicou por mês a diferença entre o valor creditado no livro RAICMS e o valor recolhido. Tomando por exemplo o mês de janeiro/08, foi indicado valor pago e lançado a título de outros créditos o valor de R\$43.907,10 (fl. 334) e valor recolhido de R\$35.802,25, o que resultou em diferença de R\$8.802,25 que deduzido do saldo resultou em valor exigido de R\$44.687,03. O mesmo ocorreu com relação aos meses de março, abril e setembro/08.

Pelo exposto, diante da acusação de que utilizou crédito fiscal a maior, não tendo comprovado o pagamento da diferença apurada pela fiscalização, não pode ser acatado o argumento de que recolheu corretamente o ICMS antecipação parcial.

Quanto à alegação de que a infração foi renumerada (3-a), verifico que o corpo do Auto de Infração e Decisão da primeira instância (fls. 2 e 603) indicam corretamente o número da infração, logo, não procede tal alegação. O item 3-a foi indicado apenas na EMENTA, tendo em vista que o AI contempla três infrações relativas a crédito fiscal indevidamente, que foram sub itemizadas, porém no voto (fl.; 610) foi apreciado as razões de defesa apresentadas, logo, inexistente o cerceamento do direito de defesa alegado. Fica mantida a Decisão pela procedência da infração 3.

Relativamente à infração 4, o recursista argumenta que não há previsão legal para inclusão do IPI na base de cálculo da apuração do ICMS “substituição tributária” [antecipação parcial].

A 1ª JFJ apreciou que no período de 30/04/09 a 31/08/09, o autuado apurou e recolheu o ICMS antecipação parcial aplicando a redução da base de cálculo que já tinha sido revogada (*Dec. 11.462/09, art. 87, XXVI do RICMS/97, a partir de 01/04/09*). E que não houve cômputo do IPI na base de cálculo do ICMS antecipação parcial, conforme aduzido pelo autuado.

Constato que no demonstrativo às fls. 387 a 391, a fiscalização relacionou as notas fiscais de aquisição de bebidas destinadas a comercialização (vinho e coquetel), apurou o ICMS antecipação parcial e deduziu o valor recolhido pela empresa. Tomando por exemplo o mês de maio/09 (fl. 388), foi apurado valor devido de R\$52.529,50 e recolhido R\$27.874,25 (fl. 392), tendo exigido a diferença devida de R\$24.655,25.

Pelo exposto, não há elementos no processo que demonstre que houve inclusão do IPI na apuração da base de cálculo, mas mesmo que houvesse, o art. 23, III da Lei 7.014/96 (art. 61, IX do RICMS/97) prevê que para efeito da apuração da base de cálculo em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, é “o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição”, logo, o IPI integra o valor da operação e estaria correto sua

inclusão.

Também, o recorrente tendo tomado conhecimento da Decisão contida no Acórdão JJF 0122-01/14 fundamentando que foi apurado o ICMS antecipação parcial contemplando redução de base de cálculo não prevista na legislação no período fiscalizado, não contestou, e não juntou os documentos fiscais que são de sua posse para provar em contrário.

Dessa forma, a alegação não pode ser acolhida, por falta de amparo legal, ficando mantida a Decisão pela procedência da infração 4.

Quanto à infração 5 (crédito fiscal destacado a mais em documentos fiscais), o contribuinte alega que não foram juntadas as cópias das notas fiscais para fazer prova e que a infração foi numerada como 3-b, dificultando o exercício do direito de defesa.

Verifico que na Decisão recorrida foi apreciado que não se trata de provas obtidas de terceiros e que os documentos fiscais foram indicados nos demonstrativos às fls. 394 a 511.

Constato que conforme apreciado pela 1ª JJF, os demonstrativos acostados às fls. 394 a 411 indicam o que o valor das vendas de mercadorias com redução da base de cálculo (art. 87, XXVI do RICMS/97, vigente no período de janeiro/08 a março/09), cuja nota fiscal de devolução não considerou a redução da base de cálculo. Tomando como exemplo a nota fiscal de venda nº 25755 (fl. 480), foi destacado ICMS de R\$66,95. Já a nota fiscal de devolução correspondente de nº 25880 (fl. 479) entrada destaca ICMS no valor de R\$90,24 o que resultou em crédito a maior de R\$28,70 conforme demonstrativo à fl. 410.

Logo, ao contrário do que foi alegado, foi acostado ao processo cópias das notas fiscais e mesmo que não tivesse sido juntado, trata-se de documentos fiscais emitidos e escriturados pelo próprio estabelecimento autuado, que sendo de sua posse poderia juntar ao processo, o que não justifica a alegação de desconhecê-las.

Da mesma forma que apreciado na infração 1, foi indicado na ementa o subitem “b” de crédito fiscal indevido, mas a infração foi corretamente descrita no relatório do Acórdão JJF 0122-01/14, bem como apreciado no Voto, inexistindo o alegado cerceamento de direito de defesa.

Pelo exposto, fica inalterada a Decisão pela procedência da infração 5.

As infrações 6 e 7 foram apreciadas no Recurso de Ofício.

No tocante à infração 8, o recorrente apresenta o mesmo argumento de que notas fiscais não foram acostadas ao processo, dificultando o exercício do direito de defesa e que foi renumerada para 4b-1.

Conforme apreciado anteriormente, esta infração foi julgada improcedente e mantida a Decisão no Recurso de Ofício. Por isso, fica prejudicada a sua apreciação no Recurso Voluntário interposto.

Quanto à infração 9, o sujeito passivo alega que a multa aplicada foi de 5% do valor das entradas ou saídas, mas que no Acórdão JJF 122-01/14 foi fundamentado aplicação de multa de 1%; a infração foi renumerada para 5-b; e exige valor de R\$19.906,47 e não de R\$99.532,33 como consta na página 4.

No que se refere ao primeiro argumento, verifico que na Decisão recorrida foi fundamentado que o autuado foi intimado em 17/07/13 para fazer correção nos arquivos magnéticos apresentados (fls. 524/527) e não tendo sido corrigido as inconsistências (§ 5º do art. 708-B do RICMS/BA) é previsto a aplicação da multa de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, “*não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas*”. Realmente o demonstrativo de débito à fl. 7 em consonância com o da fl. 4 do Auto de Infração, foi indicado porcentual da multa de 5%, a exemplo do mês de janeiro/08 e base de cálculo de R\$116.738,80. Entretanto, o demonstrativo à fl. 522 indica valores de entrada e de saída, sendo que o valor para aquele mês de R\$5.836,94 corresponde a 1% do valor das saídas de R\$583.694,31, que é inferior ao valor de R\$36.854,14 (entradas de R\$36.854,14 x 5%). Portanto, o

porcentual aplicado de 1% está correto.

Relativamente ao segundo argumento, como apreciado anteriormente, na ementa esta infração foi indicada no subitem 5, “b”, visto que há outra infração (10) que aplica multa da mesma natureza, mas o relatório e voto descrevem de forma clara as infrações.

No tocante ao argumento de que o valor da multa é de R\$19.906,47 e não de R\$99.532,33, constato que os valores indicados nos demonstrativos às fls. 522 e 523 totalizando R\$99.523,33 (R\$89.793,48 + R\$9.711,01) como indicado no Auto de Infração (fl. 4) e não se sabe a que valor se reporta o recorrente.

Observo ainda, que a Decisão da primeira instância, reformou a data de vencimento da multa proposta pela fiscalização, para o 30º dia da intimação feita em 16/08/2013, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração, cuja correção deve ser mantida, ficando inalterada a Decisão pela procedência da infração 9.

A infração 10 foi apreciada no Recurso de Ofício.

Quanto à infração 11, o recorrente afirmou que a tipificação da infração cometida está em desacordo como o seu enquadramento o que impossibilitou exercer o direito de defesa.

A 1ª JJF fundamentou que o sujeito passivo declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais prestadas através da DMA.

Na descrição da infração foi indicado que foi apurada diferença entre o valor declarado na DMA e o constante no livro RAICMS juntado ao processo. Pelo confronto das cópias das DMAs (fls. 533 a 540) com o livro RAICMS (fls. 378 a 383), a exemplo do mês de outubro/09 (fls. 378 e 533) constata-se que foi informado valor de saídas isentas de R\$155.652,49 no RAICMS, mas que não consta na DMA. O mesmo ocorre nos meses de novembro e dezembro/09.

Portanto, restou comprovado o cometimento da infração de declarar incorretamente dados na DMA, cuja penalidade aplicada é prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei 7.014/96. Fica mantida a procedência desta infração.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

## 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 e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110391.0018/13-4**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240.038,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$146.192,51**, previstas nos incisos IX, XIII-A, “i” e XVIII, “c”, do mesmo Diploma legal citado, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS