

A. I. Nº - 147365.0165/12-4
AUTUADO - DA CHARQUE – PRODUTORA DE CHARQUE LTDA.
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTÉRIO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 15.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-01/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Em face da alegação defensiva e contestação do autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à INFAZ de origem, a fim de que fosse intimado o contribuinte a apresentar elementos hábeis de provas, no caso livro Registro de Saídas; livro Registro de Apuração do ICMS; documentos de arrecadação (DAEs), etc., que comprovassem ter sido o imposto destacado nas notas fiscais arroladas neste item da autuação objeto de apuração e, se fosse o caso, de recolhimento. O autuante cumprindo a diligência intimou o autuado para apresentar documentos e/ou livros fiscais que comprovassem sua alegação, tendo o autuado apresentado cópias dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, referentes ao exercício de 2010, que, efetivamente, não elidem a autuação, haja vista que no livro Registro de Saídas de 2010, as trinta e cinco Notas Fiscais de saídas emitidas pelo autuado não estão registradas. Certamente que caberia ao autuado comprovar o devido recolhimento do ICMS exigido, mediante apresentação de elementos hábeis de provas que confirmasse o alegado. Não restou caracterizado simplesmente o descumprimento de obrigação acessória, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim o descumprimento de obrigação principal, portanto, confirmando a imputação. Entretanto, o autuante realizou o levantamento sem considerar que entre as trinta e cinco Notas Fiscais arroladas na autuação existem Notas Fiscais cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo. Por certo que, se a imputação diz respeito à *omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*, há que se considerar o valor do imposto efetivamente calculado e destacado no documento fiscal. Ou seja, se ocorreu por parte do contribuinte adoção de redução da base de cálculo indevidamente, a diferença entre a base de cálculo “cheia” e a base de cálculo reduzida caracteriza ato infracional distinto do apontado no Auto de Infração, como, por exemplo, erro na determinação da base de cálculo, exigindo-se a diferença não oferecida à tributação. No presente caso, a exigência fiscal deve estar adstrita ao valor do imposto destacado nas Notas Fiscais cujas saídas

foram omitidas. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o débito. Infração parcialmente subsistente. 2. Diligência solicitada por esta JJF confirma a autuação. Os créditos fiscais foram aproveitados na apuração mensal do imposto, pois compensados com os débitos lançados. O autuado não efetuou o estorno do crédito fiscal a que estava obrigado, consoante manda o art. 100, inciso II, do RICMS/BA/97, em face de ter realizado saídas de mercadorias – charque – com redução da base de cálculo, prevista no RICMS/BA/97. Inexistência de regra de manutenção de crédito fiscal, na forma do art. 103 e seus incisos, do RICMS/BA/97. Infração subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. O próprio autuante na informação fiscal acolhe o argumento defensivo de que o procedimento de adoção da redução da base de cálculo nas operações interestaduais estava correto, conforme entendimento da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA. Infração insubsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração caracterizada. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM O REGISTRO TIPO 54. Restou comprovado que o autuado, apesar de intimado, deixou de enviar os arquivos com o Registro 54. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2012, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$258.785,12, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, no exercício de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$101.284,94, acrescido da multa de 100%. Consta se referir ao exercício de 2010, conforme planilha anexada, tendo como base as Notas Fiscais de saídas emitidas e informadas nos arquivos SINTEGRA do contribuinte, sendo essas saídas destinadas ao Estado de Pernambuco, com alíquota de 12%, sem redução da base de cálculo;
2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2010, janeiro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.376, 24, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado utilizou créditos fiscais de 12% em aquisições interestaduais de mercadorias para produção de charque, cujas saídas internas têm redução de base de cálculo, com carga tributária de 7%, bem como pela inclusão indevida de frete por conta do emitente, na base de cálculo;
3. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de fevereiro, março, agosto a dezembro de 2010, janeiro a novembro de 2011,

sendo exigido ICMS no valor de R\$43.647,96, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado realizou operações de saídas de charque para o Estado de Pernambuco, com redução de base de cálculo somente aplicável às operações internas, conforme previsto no inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA/97;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2010 e 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$280,00, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias;

5. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), em 31/12/2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00;

6. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de outubro de 2010 e dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$104.055,75. Consta que o autuado não enviou o Arquivo 54 a que está obrigado, conforme relatórios dos sistemas da SEFAZ/BA.

O autuado apresentou defesa (fls.222 a 227). Consigna seu inconformismo quanto à infração 01, sustentando que as Notas Fiscais constantes da planilha elaborada pelo autuante foram informadas nos arquivos SINTEGRA, conforme se observa no texto da autuação. Salienta que as referidas Notas Fiscais foram destinadas ao Estado de Pernambuco, conforme comprova com as fotocópias que anexa (doc. 02), onde constam os carimbos apostos pela SEFAZ/PE, assim como no campo “Informações Complementares”.

Quanto à redução da base de cálculo prevista no art. 78-B, inciso XXX e art. 87 do RICMS/BA/97, diz que adotou os procedimentos mencionados na resposta da consulta proferida no Parecer nº. 10.331/2009, pela SEFAZ/BA.

Diz estranhar o fato de o autuante acusar que a Nota Fiscal nº. 25, de 25/02/2010 não foi registrada, quando a Nota Fiscal nº 24 do mesmo dia, para o mesmo cliente, tenha sido. Do mesmo modo, alega que as Notas Fiscais nºs 33,34 de 05/03/2010 e a Nota Fiscal nº 44, de 31/03/2010, foram consideradas registradas. Questiona como pode apenas a Nota Fiscal nº 41 de 12/03/2010 não ter sido registrada. Afirma que, diante disso, verifica-se falha no levantamento levado a efeito pelo autuante.

Registra que anexou, também, os extratos fornecidos pela SEFAZ/PE que comprovam a entrada das mercadorias no Estado de Pernambuco, relativamente às demais Notas Fiscais arroladas na autuação.

Conclui que, pelo exposto, não existe omissão de saídas, talvez o descumprimento de uma obrigação acessória.

No que tange à infração 02, diz que não se conforma com a exigência fiscal, haja vista que efetuou consulta à SEFAZ/BA, a qual exarou o Parecer nº. 10.331/2009, datado de 17/06/2009, o qual passou a ser adotado. A título de argumentação, alega que mesmo que o autuante estivesse certo quanto à falta de estorno de crédito fiscal, nenhum dano sofreu o Estado, haja vista que em momento algum o referido crédito fiscal foi utilizado para compensar débitos.

Relativamente à infração 03, afirma que não se conforma com a autuação, pois adotou os procedimentos mencionados na consulta que efetuou à SEFAZ/BA, conforme o Parecer nº. 10.331/2009.

No respeitante às infrações 04 e 05, diz que por se tratar de valores irrisórios deixa de tecer comentário.

No tocante à infração 06, assevera que não cometeu a irregularidade apontada, tendo em vista que:

- a intimação para apresentação de informações em meio magnético, arquivos dos anos de 2010 e 2011, foi datada de 17/05/2012 (doc. 05);
- o arquivo relativo ao ano de 2010 foi enviado à SEFAZ/BA no mesmo dia 17/05/2012, conforme Protocolo TED: 3750762 (doc. 06);
- o arquivo relativo ao ano de 2011 foi enviado à SEFAZ/BA em 18/05/2012, conforme Protocolo TED: 3751482.

Conclui que, desse modo, a autuação é descabida.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja realizada revisão de ofício do lançamento, aplicando o art. 145, III e 149, IX, do Código Tributário Nacional – Lei nº. 5.172/66 -, para redução do mesmo aos valores das infrações 04 e 05 que reconheceu. Acrescenta que este procedimento é usado com frequência pela SEFAZ/PE (docs. 08/09).

Consta às fls. 383 a 385, Parecer da PGE no qual foi determinado o cancelamento da inscrição em dívida ativa, se já efetuada, e encaminhamento do processo à INFAZ de origem, para que o autuante preste informação fiscal, à vista dos argumentos levantados na defesa de fls. 222 a 227 e dos documentos que a acompanham, devendo, em seguida, remeter aos autos à apreciação do CONSEF.

O autuante prestou informação fiscal (fls.397 a 401). Contesta a argumentação defensiva atinente à infração 01, consignando que a omissão de saídas se caracterizou pelo não lançamento dos documentos fiscais no livro Registro de Saídas do exercício de 2010, ainda que tenham constado dos arquivos SINTEGRA.

Salienta que o livro Registro de Saídas é o livro próprio para o lançamento das vendas e outras operações que geram o débito fiscal a ser confrontado com os créditos em cada mês de apuração. Aduz que o autuado se limitou a impugnar ou levantar dúvidas, contudo, sem apresentar cópia das páginas do livro Registro de Saídas comprovando os lançamentos, elidindo, assim, a ação fiscal.

Afirma que os documentos acostados às fls. 239 a 279 dos autos, apenas confirmam que as operações foram realizadas e não registradas.

Conclui que, como se trata de operações interestaduais com ICMS destacado, gerando, portanto, débito fiscal, e, não havendo lançamento nos livros fiscais próprios, caracterizou-se a omissão de saídas conforme prevê a legislação.

Quanto à infração 02, assevera que a alegação do autuado não procede, haja vista que o art. 100, inciso II, do RICMS/BA/97, estabelece que o contribuinte deverá estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Assinala que inexistindo hipótese de manutenção do crédito fiscal, consoante o art.103 e incisos, e tendo ocorrido operações de saídas, tanto internas como interestaduais, com redução da base de cálculo, o estorno do crédito, proporcionalmente a essas saídas, se torna obrigatório.

Afirma que o argumento defensivo de que, "em momento algum o referido crédito foi utilizado pela empresa para compensar débitos", também não procede.

Registra que basta consultar o módulo: “Apuração e Informações Complementares das DMAs”, que anexou a título de exemplo, para verificar-se a crescente acumulação de saldos credores no exercício de 2010, iniciando-se com R\$6.201,89 e culminando com R\$53.284,22, valor que passou para o exercício de 2011, quando houve compensação com débitos fiscais, tanto em janeiro como em fevereiro e meses seguintes.

No que concerne à infração 03, acata as razões defensivas. Registra que o Parecer DITRI nº 10.331/2009, proferido em resposta a consulta formulada pelo autuado, respalda o procedimento

adotado de aplicação da redução da base de cálculo também nas operações interestaduais. Opina pela insubsistência deste item da autuação.

No tocante à infração 06, diz que as razões defensivas não procedem. Observa que a multa foi imposta pelo fato de o autuado não ter enviado o Registro 54 dos arquivos magnéticos, a que estava obrigada na condição de estabelecimento atacadista, nos exercícios de 2010 e 2011.

Salienta que não tendo o autuado enviado, conforme comprovam as fls. 282 a 304 dos autos, restou caracteriza a divergência entre os Registros 50 e 54, conforme relatório entregue ao contribuinte de fls. 145 a 149, o que resultou na multa de 1% sobre o valor das saídas, de acordo com a legislação pertinente.

Conclui que, em face do acatamento parcial das razões defensivas, excluiu o valor exigido na infração 03, ficando mantidos os valores atinentes às demais infrações, o que resultou na redução do valor total exigido para R\$215.137,16.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFAZ JEQUIÉ, (fls. 411/412) a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

INFRAÇÃO 01

1. Intimasse o contribuinte a apresentar elementos hábeis de provas – livro Registro de Saídas; livro Registro de Apuração do ICMS; documentos de arrecadação (DAEs), etc. – que comprovassem ter sido o imposto destacado nas notas fiscais arroladas neste item da autuação objeto de apuração e, se fosse o caso, de recolhimento;
2. Analisasse os elementos apresentados pelo autuado e, se fosse o caso, procedesse à exclusão dos valores que efetivamente tivessem sido objeto de apuração e/ou recolhimento, elaborando novos demonstrativos.

INFRAÇÃO 02

1. Intimasse o autuado a comprovar e se manifestar sobre a alegação de que, *em momento algum o referido crédito foi utilizado pela empresa para compensar débitos*, haja vista o que foi aduzido pelo autuante na informação fiscal sobre o módulo *Apuração e Informações Complementares das DMAs*, no sentido de que se verifica a crescente acumulação de saldos credores no exercício de 2010, iniciando-se com R\$6.201,89 e culminando com R\$53.284,22, valor que passou para o exercício de 2011, quando houve compensação com débitos fiscais, tanto em janeiro como em fevereiro e meses seguintes;
2. Caso o autuado apresentasse elementos que confirmassem, mesmo que parcialmente sua alegação, efetuasse, se fosse o caso, os ajustes necessários, elaborando novos demonstrativos.

O autuante se pronunciou (fls. 415/416) consignando que, em atendimento à diligência, intimou o autuado para apresentar documentos e/ou livros fiscais que comprovassem as alegações defensivas atinentes às infrações 01 e 02.

Diz que a resposta do autuado limitou-se ao envio, via SEDEX, tão somente dos livros fiscais Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, em folhas soltas, referentes ao exercício de 2010, que anexa aos autos.

Assevera que os elementos apresentados pelo autuado em nada alteram as infrações 01 e 02. Aduz que o livro Registro de Saídas de 2010 só evidencia que as 35 Notas Fiscais emitidas pelo autuado, conforme a relação de fl. 10 dos autos não estão registradas.

Quanto à infração 02, afirma que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado somente confirmou a autuação, haja vista que tais créditos, conforme fl. 61 dos autos foram aproveitados na apuração mensal do imposto, compensando-se com os débitos fiscais lançados em

sete meses, no caso fevereiro, março, agosto a dezembro de 2010, resultando, contudo, em crescentes saldos credores ao longo do exercício de 2010, que continuaram a ser compensados com novos débitos em 2011.

Conclui que diante da falta de qualquer prova ou fato novo que pudesse ser considerado, mantém integralmente a informação fiscal de fls. 397 a 401.

O autuado cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls.490 a 505), consignando que fora intimado pelo autuante para que apresentasse a documentação indicada, sendo prontamente atendido.

Alega que entrou em contato com o autuante, tendo na ocasião o preposto do Fisco esclarecido que os registros de saída e as apurações seriam suficientes a esclarecer tudo, no que fora de pronto atendido. Registra sua surpresa por não ter o autuante em nada modificado seu entendimento.

Assinala que a conclusão do autuante apontou os artigos 2º, §3º; 50; 60, I, 124, I, 323 e parágrafos, todos do RICMS/BA/97. Registra, ainda, que para indicação da multa fundamentou com o art.42, III, da Lei nº 7.014/96. Reproduz os dispositivos referidos.

Argui que a descrição da suposta infração em cotejo com os dispositivos legais apontados como fundamento da autuação, não se adequam à hipótese legal aos fatos descritos pelo autuante.

Alega que, ainda que se considerasse correta a autuação, o que admite por mero esforço de argumentação, os dispositivos legais apontados não contemplam a ausência de registro como infração fiscal a gerar cálculo do ICMS sobre a alíquota de 17% nem tampouco a imposição de multa de 100% sobre o eventual montante apurado.

Afirma que teve a seu favor o Parecer proferido em resposta formal de consulta (doc. 04), no qual foi dito que a alíquota aplicável às operações interestaduais para Pernambuco deveria representar o valor real de 7% da operação. Diz que aplicar a alíquota de 17% representa verdadeira contradição de parte do Fisco baiano. Invoca e reproduz jurisprudência que coíbe o *venire contra factum proprium*, que segundo diz ocorre, caso prevaleça o equivocado entendimento do autuante.

Aduz que, nesse sentido, a autuação desconsiderou as demais vendas realizadas para estabelecimentos situados em Pernambuco, assim como o Parecer proferido em resposta à consulta formulada.

Ressalta que o regime de substituição tributária no qual trabalhava gerava crédito de ICMS sobre as operações de venda de mercadorias aos clientes situados em Pernambuco, razão pela qual seria impossível omitir receitas tributáveis, ou deixar de recolher o imposto tempestivamente.

Destaca que todas as supostas omissões dizem respeito às notas fiscais emitidas para contribuintes situados no Estado de Pernambuco, enquadrando-se nas hipóteses das operações que lhe geravam crédito de ICMS.

No respeitante à infração 02, sustenta que não houve em momento algum a simples compensação de débito com falta de estorno de crédito tributário, conforme quis induzir o autuante.

Registra os dispositivos legais apontados pelo autuante como fundamento da infração 02, no caso art. 100, II, e art. 124, do RICMS/BA/97; e art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, cujos textos transcreve. Alega que a autuação não considerou que o valor do estorno é proporcional ao valor da redução, nos termos do art. 100, II, do RICMS/BA/97. Diz que, contrariamente, o autuante calculou o imposto sobre a alíquota cheia, sem redução da base de cálculo, e tampouco considerou a proporcionalidade do eventual estorno em relação ao montante reduzido, conforme previsto em lei.

Consigna que, no intuito de corroborar os elementos já apresentados, também traz à colação o relatório DMA do período de 2010 (doc. 04), onde se identificam as informações pertinentes ao acompanhamento fiscal das atividades, em consonância com o regime de tributação incidente na espécie.

Alega que a autuação na forma como realizada cerceia o seu direito de defesa, já que não lhe científica sobre quais condutas o recolhimento do imposto teria sido realizado de maneira insuficiente ou equivocada, haja vista que trabalhava sob o regime de substituição tributária com base em consulta formal respondida pela SEFAZ/BA.

Afirma que todos os vícios existentes e apontados implicam em absoluta nulidade da autuação, também por violação aos Princípios do Contraditório, Ampla Defesa, Devido Processo Legal e Estrita Legalidade, consoante os arts. 5º, LIV e LV; 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este impugnou as infrações 01, 02, 03 e 06 e consignou que não se reportaria sobre as infrações 04 e 05.

Inicialmente, no que tange à nulidade arguida pelo autuado, verifica-se que a pretensão defensiva não pode prosperar, haja vista que incorreu o alegado cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

Na realidade, as infrações se encontram claramente descritas no Auto de Infração, sendo possível se determinar cada ato infracional imputado, o sujeito passivo, a base de cálculo, alíquotas aplicadas, o montante do débito exigido.

A alegação defensiva de que os dispositivos legais apontados não correspondem aos atos infracionais impugnados o que nulifica o lançamento, por certo que não se sustenta, haja vista que, nos termos do art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não implica nulidade o erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 01, o autuado alega que não houve omissão de saídas conforme apontado na autuação, talvez o descumprimento de uma obrigação acessória.

O autuante contesta a alegação defensiva. Afirma que a omissão de saídas se caracterizou pelo não lançamento dos documentos fiscais no livro Registro de Saídas do exercício de 2010, ainda que tenham constado dos arquivos SINTEGRA.

Salienta que o livro Registro de Saídas é o livro próprio para o lançamento das vendas e outras operações que geram o débito fiscal a ser confrontado com os créditos em cada mês de apuração. Diz que o autuado se limitou a impugnar ou levantar dúvidas, contudo, sem apresentar cópia das páginas do livro Registro de Saídas comprovando os lançamentos, elidindo, assim, a ação fiscal.

Observa que se tratando de operações interestaduais com ICMS destacado, portanto, gerando débito fiscal, não havendo lançamento nos livros fiscais próprios, caracterizou-se a omissão de saídas conforme prevê a legislação

Em face da alegação defensiva e contestação do autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à INFAZ de origem, a fim de que fosse intimado o contribuinte a apresentar elementos hábeis de provas, no caso livro Registro de Saídas; livro Registro de Apuração do ICMS; documentos de arrecadação (DAEs), etc., que comprovassem ter sido o imposto destacado nas notas fiscais arroladas neste item da autuação objeto de apuração e, se fosse o caso, de recolhimento.

Ocorreu que o autuante dando cumprimento à diligência intimou o autuado para apresentar documentos e/ou livros fiscais que comprovassem sua alegação, tendo o autuado apresentado cópias dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, referentes ao exercício de 2010, que, efetivamente, não elidem a autuação, haja vista que, no livro Registro de Saídas de 2010, as trinta e

cinco Notas Fiscais emitidas pelo autuado arroladas na autuação, constante da planilha de fl. 10 dos autos, não estão registradas.

Certamente que caberia ao autuado comprovar o devido recolhimento do ICMS exigido, mediante apresentação de elementos hábeis de provas que confirmasse o alegado.

Desse modo, não restou caracterizado simplesmente o descumprimento de obrigação acessória, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim o descumprimento de obrigação principal, portanto, confirmando a imputação.

Entretanto, cabe-me registrar a existência de dois equívocos incorridos pela Fiscalização que, apesar de não invalidarem o ato de lançamento, necessitam de observação e retificação.

O primeiro equívoco, diz respeito ao valor exigido neste item da autuação. O levantamento levado a efeito pelo autuante apontou como devido o ICMS no valor de R\$101.284,94, conforme consignado no Auto de Infração e no “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – EXERCÍCIO DE 2010” de fl. 10 dos autos.

Ocorre que no referido “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – EXERCÍCIO DE 2010” se verifica que o autuante realizou o levantamento sem considerar a redução da base de cálculo e o ICMS constante nas Notas Fiscais arroladas na autuação. Ou seja, mesmo constando nas Notas Fiscais o destaque do imposto cuja apuração realizada pelo contribuinte ocorreu com redução da base de cálculo, o autuante desconsiderou as reduções e apontou como devido o ICMS calculado sobre a base de cálculo integral, sem redução.

Ora, se a imputação diz respeito à *omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*, certamente que há que se considerar o valor do imposto efetivamente calculado e destacado no documento fiscal. Ou seja, se ocorreu por parte do contribuinte adoção de redução da base de cálculo indevidamente, a diferença entre a base de cálculo “cheia” e a base de cálculo reduzida caracteriza ato infracional distinto do apontado no Auto de Infração, como, por exemplo, erro na determinação da base de cálculo, exigindo-se a diferença não oferecida à tributação.

No presente caso, reitere-se, a exigência fiscal deve estar adstrita ao valor do imposto destacado nas Notas Fiscais cujas saídas foram omitidas.

Diante disso, o valor do ICMS efetivamente devido pelo autuado importa em R\$63.965,85, conforme demonstrativo abaixo, no qual estão identificadas as trinta e cinco Notas Fiscais arroladas na autuação pelos números; o valor da base de cálculo integral; o valor da base de cálculo reduzida; a alíquota de 12% aplicável às operações interestaduais, já que todas as saídas ocorreram para o Estado de Pernambuco; o valor do ICMS devido; e as fls. dos autos nas quais constam as cópias das Notas Fiscais. Vale registrar que apenas as Notas Fiscais nºs 80, 81 e 82 foram emitidas pelo autuado sem redução da base de cálculo, razão pela qual no demonstrativos valores da Base de Cálculo integral e da Base de Cálculo reduzida são os mesmos.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$63.965,85, conforme demonstrativo abaixo:

Nota Fiscal nº	Valor BC	BC reduzida	Alíquota %	ICMS devido	Fls. NF
18	26.715,00	15.713,76	12%	1.885,65	262
19	4.092,80	4.092,80	12%	286,50	263
25	631,20	371,33	12%	44,56	274
40	12.090,00	7.112,55	12%	853,51	477
41	41.292,00	24.292,08	12%	2.915,05	478
42	12.852,00	7.560,83	12%	907,30	479
47	32.831,10	19.314,54	12%	2.317,74	480

48	225,00	132,37	12%	15,88	458
49	21.980,00	12.930,83	12%	1.551,70	459
50	43.720,80	25.720,95	12%	3.086,51	460
51	568,00	334,15	12%	40,10	461
54	27.407,00	16.123,54	12%	1.934,82	462
55	40.185,00	23.640,84	12%	2.836,90	463
56	36.207,00	21.300,58	12%	2.556,07	464
57	47.504,00	27.946,60	12%	3.353,59	465
58	36.537,00	21.494,72	12%	2.579,37	466
59	39.373,30	23.163,31	12%	2.779,60	467
60	49.251,00	28.974,36	12%	3.476,92	468
62	37.638,00	22.142,44	12%	2.657,09	469
63	14.706,00	8.651,54	12%	1.038,18	470
64	50.715,00	29.835,63	12%	3.580,28	471
65	21.033,00	12.373,71	12%	1.484,85	472
66	23.640,00	13.907,41	12%	1.668,89	473
67	9.509,00	5.594,14	12%	671,30	277
69	2.685,00	1.579,59	12%	189,55	447
73	24.624,00	14.486,30	12%	1.738,36	278
74	24.624,00	14.486,30	12%	1.738,36	279
75	4.300,00	2.529,69	12%	303,56	450
76	180,00	105,89	12%	12,71	451
80	15.390,00	15.390,00	12%	1.846,80	452
81	45.060,00	45.060,00	12%	5.407,20	453
82	27.975,00	27.975,00	12%	3.357,00	454
101	9.345,00	5.497,66	12%	659,72	455
104	16.200,00	9.530,46	12%	1.143,66	456
105	43.155,00	25.388,09	12%	3.046,57	457
			TOTAL	63.965,85	

No que concerne à infração 02, alega o autuado que não se conforma com a exigência fiscal, haja vista que efetuou consulta à SEFAZ/BA, a qual exarou o Parecer nº 10.331/2009, datado de 17/06/2009, cujos procedimentos indicados foram adotados.

Aduz que mesmo que o autuante estivesse certo quanto à falta de estorno de crédito fiscal, nenhum dano sofreu o Estado, haja vista que em momento algum o referido crédito fiscal foi utilizado para compensar débitos.

O autuante contesta a alegação defensiva. Afirma que o art. 100, inciso II, do RICMS/BA/97, estabelece que o contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Assinala que inexistindo hipótese de manutenção do crédito fiscal, consoante o art.103 e incisos, do RICMS/BA/97 e tendo ocorrido operações de saídas, tanto internas como interestaduais, com redução da base de cálculo, o estorno do crédito, proporcionalmente a essas saídas, se torna obrigatório.

Afirma que o argumento defensivo de que, "em momento algum o referido crédito foi utilizado pela empresa para compensar débitos", também não procede.

Registra que basta consultar o módulo: “Apuração e Informações Complementares das DMAs”, que anexou a título de exemplo, para verificar-se a crescente acumulação de saldos credores no exercício de 2010, iniciando-se com R\$6.201,89 e culminando com R\$53.284,22, valor que passou para o exercício de 2011, quando houve compensação com débitos fiscais, tanto em janeiro como em fevereiro e meses seguintes.

Em face da alegação defensiva e contestação do autuante, este item da autuação também foi objeto de diligência à INFAZ de origem. Foi solicitado que o autuado fosse intimado a comprovar e se manifestar sobre a alegação de que, *em momento algum o referido crédito foi utilizado pela empresa para compensar débitos*, haja vista o que fora aduzido pelo autuante na informação fiscal sobre o módulo *Apuração e Informações Complementares das DMAs*.

O autuante cumprindo a diligência consignou que o livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo autuado somente confirma a autuação, haja vista que os créditos fiscais, conforme fl. 61 dos autos foram aproveitados na apuração mensal do imposto, compensando-se com os débitos fiscais lançados em sete meses, no caso fevereiro, março, agosto a dezembro de 2010, resultando, contudo, em crescentes saldos credores ao longo do exercício de 2010, que continuaram a ser compensados com novos débitos em 2011, razão pela qual mantém a autuação.

De fato, restou comprovado que o autuado não efetivou o estorno de crédito a que estava obrigado, em face de ter realizado saídas de mercadorias – charque – com redução da base de cálculo prevista no art. 87, do RICMS/BA/97, conforme manda o art. 100, inciso II, do RICMS/BA/97.

Vale observar que o autuado somente estaria desobrigado de efetuar o estorno de crédito fiscal de que cuida este item da autuação, caso existisse regra de manutenção de crédito fiscal, consoante o art. 103 e seus incisos, do RICMS/BA/97, o que, de fato, não existe.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No respeitante à infração 03, a acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, pois realizou operações de saídas de charque para o Estado de Pernambuco, com redução de base de cálculo somente aplicável às operações internas, conforme previsto no inciso XXXI do art. 87 do RICMS/BA/97.

Alega o autuado que não se conforma com a autuação, pois adotou os procedimentos mencionados na consulta que efetuou à SEFAZ/BA, conforme o Parecer nº 10.331/2009.

O autuante na informação fiscal acata a argumentação defensiva. Registra que o Parecer DITRI nº 10.331/2009, proferido em resposta a consulta formulada pelo autuado, respalda o procedimento adotado de aplicação da redução da base de cálculo também nas operações interestaduais.

Inicialmente, cabe observar que o Parecer nº 10.331/2009, exarado no Processo de Consulta nº 09187220094, decorreu de consulta formulada pelo contribuinte Barbosa Silva Indústria e Comércio de Alimentos, Inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS sob o nº 75.805.658, portanto, não tendo sido realizado pelo autuado, conforme aduzido na impugnação e acolhido pelo autuante na informação fiscal.

Assim sendo, os efeitos da resposta da consulta alcançaria, exclusivamente, o consulente, no caso Barbosa Silva Indústria e Comércio de Alimentos, sobre o qual não pode recair qualquer autuação, enquanto vigente a resposta dada, sob pena de nulidade do ato de lançamento.

Entretanto, considerando que a resposta dada no Parecer nº 10.331/2009 no sentido de que *nos termos do art. 78-B e do inciso XXXI do art. 87, ambos do RICMS/BA em vigor, em relação às operações interestaduais e internas, respectivamente, a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7%*, reflete o entendimento da Diretoria de Tributação da SEFAZ, haja vista que o parecer da lavra do ilustre Parecerista Dr. César Augusto da Silva Fonseca foi ratificado pela Gerente da GECOT/DITRI, Dr^a. Sandra Urânia Silva Andrade e pelo Diretor da DITRI, Dr. Jorge Luiz Santos Gonzaga, acolho o opinativo do autuante de que o procedimento adotado pelo autuado está correto.

Diante disso, este item da autuação é insubsistente.

No que concerne à infração 06, constato que assiste ao autuante quando diz que a autuação decorreu pelo fato de o autuado não ter enviado o Registro 54 dos arquivos magnéticos, a que estava obrigado na condição de estabelecimento atacadista, nos exercícios de 2010 e 2011.

Isso porque, no demonstrativo “Resumo dos Registros do Arquivo” acostado às fls. 282 a 304 dos autos, verifica-se que, efetivamente, restou caracterizada a divergência entre os Registros 50 e 54, conforme relatório entregue ao contribuinte de fls.145 a 149 dos autos.

Portanto, não procede a alegação defensiva de que a autuação é descabida, pois atendera as intimações e enviara as informações em meio magnético corretamente.

Dessa forma, a autuação se apresenta correta, sendo subsistente esta infração.

Entretanto, cumpre observar que, nos termos da alínea j do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96 - que fundamentou o enquadramento da infração - a multa de 1% deve ser aplicada sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior.

Ocorre que no levantamento levado a efeito pelo autuante este aplicou corretamente a multa de 1% sobre o valor das saídas no exercício de 2011, haja vista que maior do que o valor das entradas, conforme se verifica à fl. 167 dos autos. Porém, no exercício de 2010, aplicou incorretamente a multa de 1% sobre o valor das saídas quando deveria ter aplicado sobre o valor das entradas, haja vista que maior do que das saídas, conforme se verifica à fl. 144 dos autos.

Diante disso, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, no intuito de exigir o valor do crédito tributário remanescente, conforme manda o art. 156 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147365.0165/12-4**, lavrado contra **DA CHARQUE – PRODUTORA DE CHARQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.342,09**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.376,24, e 100% sobre R\$63.965,85, previstas no art. 42, VII, alínea “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$104.475,98**, previstas no art. 42, XI, XVIII-A, “c” e XIII-A, alínea “J” do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR