

A. I. Nº - 110427.0003/14-7
AUTUADO - SUPERMERCADO CARISMA LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO – INTERNET - 22/12/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0251-03/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO UTILIZADO A MAIS. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não impugnadas. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imposto apurado por meio de conta corrente fiscal, constituindo infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 5. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Os cálculos foram refeitos pelos autuante para excluir os documentos que foram registrados. Infração subsistente em parte. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. 7. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. 8. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado por meio de levantamento fiscal que o defendente não recolheu o ICMS apurado. 8. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR MEIO DE ECF. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. 9. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS COM NFs. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Infrações comprovadas. 10. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE OPERAÇÕES

EFETUADAS COM NF-e. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. **11. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO COM OMISSÃO DE DADOS. MULTA. 12. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS. b) OMISSÃO DE OPERAÇÕES. 13. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. b) FALTA DE ENVIO DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS.** Infrações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/08/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$760.756,98, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de junho julho, agosto, outubro de 2012; julho e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$737,83. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Nota fiscal nº 837225, mês 09/2013. Valor do débito: R\$74,43. Multa de 60%.

Infração 03 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro de 2011; setembro a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$259.951,46. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de dezembro de 2011; janeiro a novembro de 2012; janeiro a junho, setembro a novembro de 2013. Valor do débito: R\$9.859,19. Multa de 60%.

Infração 05 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, sendo aplicada a proporcionalidade para fins de cálculo do ICMS devido, nos meses de abril, agosto, outubro e novembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$64.308,17. Multa de 100%.

Infração 06 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de outubro a dezembro de 2011; dezembro de 2012; junho a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$19.773,84. Multa de 60%.

Infração 07 – 03.02.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Omissão de lançamentos de saídas por meio de ECF devido a erro na base de cálculo x alíquota aplicada, nos meses de agosto, e outubro de 2012; março, julho e novembro de 2013. Valor do débito: R\$45.004,19. Multa de 60%.

Infração 08 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias realizadas através de ECF, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$198.944,83. Multa de 60%.

Infração 09 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações realizadas através de Notas Fiscais de Saídas nos meses de março, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$62,63. Multa de 60%.

Infração 10 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias efetuadas através de ECF, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$14.632,09. Multa de 60%.

Infração 11 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias efetuadas através de Notas Fiscais, nos meses de abril, julho e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$303,05. Multa de 60%.

Infração 12 – 02.01.02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas de mercadorias efetuadas através de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$2.778,42. Multa de 100%.

Infração 13 – 16.05.11: Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013. Exigida multa de R\$140,00.

Infração 14 – 16.12.15: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas do exercício de 2011, ficando sujeito à multa de 1% sobre o valor de R\$1.142.649,59, correspondente ao total das saídas do exercício. Multa de R\$11.426,50.

Infração 15 – 16.12.26: Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Multa de R\$49.922,90.

Infração 16 – 16.14.03: Falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazos previstos na legislação tributária. O contribuinte deixou de transmitir a Escrituração Fiscal Digital em todos os meses do exercício de 2013, apesar das advertências. Regularmente intimado para a entrega dos arquivos eletrônicos correspondentes não atendeu à intimação, ficando sujeito à penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96. Valor do débito: R\$81.457,45.

Infração 17 – 16.14.04: Falta de entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregou o referido arquivo sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Multa de R\$1.380,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 1358 a 1361 do PAF (VOLUME VII). Preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração, alegando que a imensidão de informações sem correlação com os registros fiscais não permitem examinar a legitimidade das fundamentações do autuado em todas as infrações apontadas, no prazo de 30 dias concedido para a defesa.

Cita como exemplo o anexo V – DEMONSTRAÇÃO DAS SAÍDAS TRIBUTADAS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTADAS – ECF, composta de 306 páginas de produtos supostamente enquadrados nesta

situação, sem correlacionar tais produtos com os cupons fiscais correspondentes. Diz que outros exemplos, são a relação de notas fiscais de entradas não escrituradas, das quais a quase totalidade foram escrituradas e a apuração de erros na conta corrente fiscal especificamente na apuração em que não há como levantar de que forma o autuante apurou esses dados. Diz que ante a impossibilidade de conhecer como o autuante chegou aos valores que sustentam seu feito, faz o autuado um esforço de se defender o quanto possível. Apresenta as seguintes alegações e informações quanto aos itens da autuação fiscal.

Em relação à infração 01 informa que não há contestação a apresentar. Sobre a infração 02, afirma que deixou de fazer o exame para dar prioridade a itens maiores.

Infração 03: Alega que em razão da não escrituração deixou de aproveitar os créditos fiscais correspondentes, pelo princípio da não cumulatividade.

Quanto à infração 04, apresenta o entendimento de que o que for antecipação parcial não tem sentido cobrar o ICMS depois da ocorrência do fato gerador e do correspondente imposto pago através da conta corrente fiscal. Informa que apura o imposto pelo regime normal, ou seja, apura o ICMS através de conta corrente fiscal. Diz que no caso de lançamento tributário da antecipação parcial, ter-se-ia, pelo princípio da não cumulatividade, que abater-se seu valor da conta corrente fiscal.

Infração 05: Alega que muitas das notas fiscais foram escrituradas, conforme cópia do livro fiscal onde consta cada documento fiscal.

Infração 06: Alega que a antecipação parcial, como a expressão denota, é um recolhimento a ser feito antes da ocorrência do fato gerador e do subsequente pagamento do imposto apurado e, como determina o Regulamento do ICMS, este recolhimento deve ser abatido na conta corrente fiscal, como outros créditos do livro de apuração. Diz que o valor devido foi recolhido tempestivamente, não cabendo antecipar o que já foi pago.

Infração 07: Assegura que todos os cupons fiscais foram lançados, não compreendendo como o autuante encontrou tais omissões.

Infração 08: Afirma que não há como correlacionar os produtos com os cupons, tornando impossível qualquer mecanismo de defesa neste item. Para orientação dos julgadores, informa que anexa aos autos todos os cupons de leitura da memória fiscal de todas as impressoras, demonstrando a regularidade da tributação segundo estes documentos, que fornecem os dados diretamente guardados nas memórias das ECFs utilizadas pelo estabelecimento.

Infração 09: informa que não contesta este item da autuação fiscal.

Infração 10: Diz que se aplica aqui, as mesmas alegações relativas à infração 08 acima.

Infrações 11 e 12: Informa que junta os demonstrativos, indicando as páginas do livro Registro de Entradas onde as notas foram escrituradas.

Infrações 13 a 16: Informa que não tem como contestar estes itens da autuação

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e do devido processo legal, pelas razões expostas, ou que este PAF seja convertido em diligência para melhor apuração da verdade dos fatos alegados.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1400 a 1407 dos autos (VOLUME VII). Quanto ao primeiro item que o defendente alega não haver correlação dos produtos tributados registrados como não tributados, informa que o levantamento fiscal foi efetuado tomando por base os registros magnéticos instituídos pelo Convênio ICMS 57/95, apresentados à fiscalização e também transmitidos ao banco de dados da SEFAZ pelo autuado, cujos elementos são o produto da importação de dados dos arquivos gerados pelos ECFs, relativos às operações de saídas do estabelecimento, correspondentes às vendas promovidas como emissão de cupom fiscal utilizando os referidos equipamentos.

Entende que não há como alegar que o demonstrativo a que se refere o Anexo V não tem correlação com os cupons fiscais, uma vez que os arquivos magnéticos em questão foram gerados e transmitidos pelo próprio autuado. Observa que o Anexo V (fls. 129/435), oriundo dos arquivos extraídos dos ECFs, na primeira coluna indica o número de ordem de cada operação registrada nos equipamentos do autuado. Afirma que os arquivos magnéticos gerados até poderiam suprimir operações de vendas, mas, jamais acrescentar saídas não realizadas. Diz que é uma questão de lógica, constituindo prova incontestável de que as saídas ali indicadas como não tributadas são a verdadeira realidade dos fatos. Sendo os arquivos magnéticos a reprodução das operações de saídas promovidas através de ECFs, seu conteúdo indica a venda de produtos tributáveis como não tributados, entende que não há como negar a irregularidade apontada no presente Auto de Infração.

Quanto à infração 05, informa que, fazendo o cotejo entre os Anexos do Auto de Infração (fls. 72/76 e 79/117), e os demonstrativos apresentados pelo defendente, como sendo de notas fiscais escrituradas (fls. 1362/1373), constatou que os documentos relacionados encontram-se realmente registrados na escrita do contribuinte, à exceção da Nota Fiscal nº 2787, de 28/03/2013, que se refere à aquisição de polpa de frutas, no valor total de R\$433,00, enquanto que a nota fiscal registrada na escrita fiscal (fl. 68 do livro Registro de Entradas) corresponde à compra de café no valor de R\$2.591,06. Assegura que não se trata do mesmo documento, mesmo porque pertence a outro fornecedor.

Salienta que não é a quase totalidade das notas fiscais que foi registrada, e sim, a minoria de documentos que o autuante está reconhecendo. Diz que anexa à informação fiscal, novos demonstrativos devidamente retificados, bem como novo demonstrativo de débito, ficando seu total reduzido para R\$43.237,29.

Em relação ao levantamento da conta corrente fiscal, informa que os dados que compõem esse levantamento (fls. 46/48) foram integralmente extraídos dos livros fiscais, coincidindo em sua inteireza com o livro Registro de Apuração do ICMS. No tocante à coluna “outros créditos”, diz que se trata de imposto devido por antecipação parcial efetivamente recolhido dentro de cada mês, conforme consta dos DAEs e respectivos extratos de arrecadação emitidos pelo DARC – GEIEF (fls. 33/40), que embora o contribuinte não os tenha apropriado em sua escrita, o preposto fiscal informa que, por questão de justiça, os levou a seu crédito na elaboração da conta corrente.

Afirma que em relação à preliminar de nulidade apresentada pelo defendente, não constatou qualquer irregularidade na lavratura do presente Auto de infração, que o inclua em uma das hipóteses a que se refere o art. 18 do RPAF/BA, que possa decretar a sua nulidade. Também informa que, para dirimir dúvidas e evitar o pedido de diligência fiscal pelo defendente, anexou cópias do livro Registro de Apuração dos exercícios de 2012 e 2013, com vistas a não procrastinar o andamento do presente processo.

Quanto às infrações 01 e 02, diz que estes itens não foram contestados pelo defendente. Sobre a infração 03, esclarece que embora o autuado tenha alegado não entender como o levantamento fiscal foi efetuado, nada demonstrou que o descaracterizasse, pedindo que fossem aproveitados os créditos fiscais relativos às notas fiscais não escrituradas, objeto da cobrança imputada na infração 06, que na realidade é a infração 05 (falta de escrituração de notas fiscais).

O autuante não concorda com o aproveitamento de crédito de documento não escriturado, afirmando que se trata de nota fiscal que não integrou o movimento econômico da empresa, pela falta de escrituração, sendo utilizado para evasão de imposto, detectado mediante procedimento fiscal. Também afirma que se fosse atendido o pedido de aproveitamento dos referidos créditos, constituiria um processo à parte, sendo inócuo nesta ocasião. Quanto aos demais valores relativos aos débitos e créditos, reafirma que foram extraídos dos livros fiscais do contribuinte, ficando constituída sua conta corrente fiscal.

Infração 04: Esclarece que esta infração não cuida de imposto devido por antecipação parcial, e sim do imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária.

Informa que as referidas mercadorias estão demonstradas no levantamento efetuado às fls. 49/71, estando todas incluídas no regime de substituição tributária, não guardando qualquer relação com mercadorias do regime de apuração do imposto pelo regime normal. Acrescenta que todos os impostos recolhidos pelo contribuinte como sendo de antecipação parcial foram levados a seus créditos, na elaboração dos demonstrativos, conforme Resumo de Conta Corrente Fiscal, na coluna “outros créditos”, fls. 46, 47 e 48.

Infração 05: Informa que foram excluídas as notas fiscais comprovadamente registradas, sendo retificados o levantamento fiscal com elaboração de novo demonstrativo, reduzindo o débito para o valor de R\$43.237,29.

Infração 06: Esclarece que o autuado não recolhe o imposto normal de suas operações, desde setembro de 2012, concluindo-se que recolheu o imposto relativo à antecipação parcial em valor insuficiente ao devido. Dessa forma, não havendo recolhido o imposto normal, não recolheu o imposto que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial. Como o defendente reconhece que o imposto relativo à antecipação parcial só pode ser abatido na conta corrente fiscal após o recolhimento do imposto, neste caso, somente após recolhido o valor cobrado neste Auto de Infração é que o contribuinte poderá pleitear o crédito correspondente.

Infração 07: Informa que as diferenças apuradas decorrem de erros na determinação da base de cálculo, de forma que, nos meses indicados nos demonstrativos constantes dos Anexos IV e IV-A, houve supressão do valor do imposto debitado, por omissão realmente de lançamentos de cupons fiscais. Esclarece que no mês de agosto/2012, por exemplo, embora o valor contábil lançado na escrita fiscal esteja correto, a base de cálculo correta é R\$141.656,17, enquanto que nos livros fiscais foi registrado o valor de R\$128.779,16. Já no mês de outubro de 2012, apesar de o valor da base de cálculo apurado pela fiscalização ser inferior ao lançado na escrita fiscal, o valor do débito do imposto devido é maior do que aquele lançado, em decorrência de as alíquotas terem sido manipuladas pelo contribuinte, onde na realidade predomina a alíquota de 17%.

Diz que as maiores diferenças foram verificadas nos meses de março, julho e novembro de 2013, quando na verdade houve omissão de lançamentos de cupons fiscais na escrita do contribuinte, tanto de mercadorias isentas e outras, como de mercadorias tributáveis. Para comprovar os fatos, elaborou um demonstrativo com a totalidade das operações realizadas através dos ECFs do estabelecimento, de forma a indicar as divergências apontadas em cada mês. Como tais diferenças abrangem mercadorias tributadas e não tributadas, o autuante informa que apurou nos demonstrativos constantes nos Anexos IV e IV-A (fls. 126/127), o valor do imposto devido e o registrado na escrita fiscal do contribuinte, obedecendo cada alíquota. Afirma que o lançamento está correto, sendo a infração totalmente procedente.

Infração 08: Esclarece que o levantamento fiscal foi efetuado tomando por base os registros dos arquivos magnéticos instituídos pelo Convênio 57/95, apresentados à fiscalização e transmitidos pelo defendente ao banco de dados da SEFAZ, cujos elementos são o produto da importação de dados dos arquivos gerados pelos ECFs relativos às operações de saídas do estabelecimento, decorrentes das vendas promovidas com emissão de cupom fiscal através dos referidos equipamentos. Entende que não há como ser alegado que os demonstrativos a que se referem os Anexos V e V-A não têm correlação com os cupons fiscais, uma vez que os arquivos magnéticos em questão foram gerados, apresentados e transmitidos pelo próprio autuado. Também entende que os referidos arquivos magnéticos poderiam suprimir operações de vendas, mas, jamais acrescentar saídas não realizadas. Diz que é uma questão de lógica e a prova inconteste de que as saídas ali indicadas como não tributadas são a verdadeira realidade dos fatos.

Também apresenta o entendimento de que, sendo os arquivos magnéticos a reprodução das operações de saídas promovidas através dos ECFs e seu conteúdo, indica analiticamente a venda de produtos tributáveis como não tributados, não há como negar a irregularidade apontada no Auto de Infração, que é a falta de recolhimento do ICMS em operações realizadas com incidência do imposto. Ressalta que os cupons Leitura Memória Fiscal anexados à defesa (fls. 1375/1394), referem-se apenas a resumos de valores – tributados, isentos e outros – não descendo ao detalhamento de itens, sendo estes últimos encontrados apenas nos arquivos exportados para o formato do Convênio 57/95.

Infração 09: Diz que as próprias notas fiscais indicam claramente os fatos praticados e o autuado não teve o que alegar, concluindo por não contestar este item.

Infração 10: Lembra que o defendente informou que se aplicam a este item as mesmas alegações relativas à infração 08. Diz que na verdade, as infrações são semelhantes, sendo a infração 08, por falta total de tributação de mercadorias tributáveis, e a infração 10, por haver o contribuinte aplicado alíquota menor que a estabelecida pela legislação. Como o defendente alegou que não tem como correlacionar os produtos com os cupons fiscais, o autuante informa que, mais uma vez, repete as informações de que os elementos foram extraídos dos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado, cujos dados foram obtidos dos arquivos gerados pelos seus ECFs.

Infração 11: Diz que o Contribuinte não apresenta qualquer argumento defensivo, mesmo porque se trata de operações realizadas através de notas fiscais, e os próprios documentos indicam a realidade dos fatos.

Infração 12: Entende que nesta infração o defendente tenta confundir os julgadores, informando que juntou aos autos os demonstrativos informando as páginas do livro Registro de Entradas onde as notas fiscais foram escrituradas. Diz que o defendente não observou que as notas fiscais a que se refere esta infração, são de saídas de mercadorias, conforme consta no demonstrativo Anexo VII (fls. 464/467), enquanto os demonstrativos juntados pelo defendente tratam de entradas de mercadorias.

Infração 13: Diz que o defendente afirmou que não tem como contestar este item. Na verdade, não há porque contestar esta infração, tendo em vista que todos os dados constam nos demonstrativos de fls. 470/472, que podem ser confrontados com os Relatórios da DMA Consolidada, fls. 41/43.

Infrações 14 a 16: Diz que estas infrações não foram impugnadas e que a farta documentação acostada aos autos comprova o acerto da autuação fiscal, conforme intimações às fls. 23/25 e 31, Relatórios às fls. 23/28 e 31, Demonstrativo constante do Anexo VIII-A (fl. 469).

Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração, com a retificação apenas da infração 05, considerando a comprovação do registro de várias notas fiscais de entradas.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 1525 a 1530, alegando que, inconformado com a manutenção das exigências fiscais sem as devidas comprovações, vem apresentar manifestação. Argüi, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa, requerendo que todas as questões constantes da defesa sejam apreciadas e, com base nas mesmas, sejam decididas, fundamentadamente e com a necessária e indispensável motivação adequada e pertinente, que dê embasamento fático e jurídico ao ato administrativo-fiscal aplicado pela fiscalização.

Alega que foi pressionado pelo exíguo prazo dado pelo preposto fiscal para a apresentação da documentação fiscal e pede revisão nos procedimentos de fiscalização realizados no momento da fiscalização pelo autuante. Informa que teve inicialmente 30 dias para defesa com muitas penalidades, dentre elas com divergências, muitas com anexos com muitas informações, e

embora seja previsto no RPAF o referido prazo após o Auto, o autuante poderia usar do bom senso e de justiça para que o contribuinte pudesse analisar e/ou sanear o que lhe fosse autorizado.

Diz que o autuante usa de argumentos bem explícitos para que o autuado não tenha direito a diligências e, conseqüentemente, prolongação (dilação) do prazo no processo, motivo principal para apresentação da manifestação.

Apresenta o entendimento de que a autoridade fazendária eximiu-se de fundamentar a sua decisão, afirmando que esta fora prolatada sem a análise acurada de todos os documentos colacionados aos autos pela defesa, bem como deixou de realizar diligências que comprovassem a idoneidade da notificação fiscal impugnada, pelo que inquina o presente processo administrativo fiscal de nulidade, nos termos do art. 18, III, do Decreto nº 7.629/99, requerendo a sua decretação. Afirma que é imprescindível a realização de novas diligências, perícia e revisão fiscal para analisar toda a documentação trazida pelo recorrente. Transcreve o art. 24 do RPAF/BA, Decreto 7.629/99:

Informa que na impugnação inicial requereu a nulidade do auto de infração sob três contestações:

1. “A imensidão de informações sem correlação com os registros fiscais não permitem examinar a legitimidade das fundamentações do autuado em todas as infrações apontadas, no prazo de 30 dias concedidos para a defesa, e cita como exemplo o anexo V – Demonstrativo das saídas tributadas como não tributadas – ECF, sem correlacionar os produtos com os cupons fiscais correspondentes”.
2. “Da relação de notas fiscais de entradas não escrituradas, a quase totalidade foi escriturada”.
3. “N na apuração de erros da conta corrente fiscal, não há como levantar de que forma o Autuante levantou estes dados”.

Com base nos tópicos acima, o defendente informa que, analisando os argumentos do autuante, mantém a solicitação de nulidade nos tópicos enumerados a seguir:

1. Afirma que no prazo de 30 dias não permitem examinar a legitimidade das fundações com base na imensidão de informações, que são muitas, e apenas cita o anexo V como exemplo.

Diz que o autuante deixou de proferir seu parecer sobre a alegação do defendente que cita as muitas informações a serem examinadas, no Anexo V. O defendente mantém o que citou do prazo curto, afirmando que numa fiscalização deste porte, requer diligências, bem como a disponibilização pelo autuante de todos os anexos, e trocando informações com o defendente. O autuado mantém a solicitação de uma dilação do prazo, com direito a requerer documentos e esclarecimentos ao autuante a fim de sanear o Auto e o que for devido ser o justo. Diz que o autuante confundiu o solicitado na impugnação ao citar “Logo, não há como alegar que o demonstrativo a que se refere o Anexo V não tem correlação com os cupons fiscais”.

2. Informa que alegou que a quase todas NFs foram escrituradas, mas o autuante afirmou que na infração 05, não é verdade a afirmação do defendente. Entretanto, logo abaixo, se contradiz ao citar que apenas uma nota (NF 2787) não escriturada, e finaliza reconhecendo o erro, e anexa à infração 05 seis novos demonstrativos por meio de anexos I/2012, I-A/2012, I-B/2012, II/2013, II-A/2013 e II-B/2013, compostos por 46 folhas.

Diante da falta de clareza do autuante, e como foi demonstrado e reconhecido inicialmente, entende que tem muito material para ser analisado, fazendo com que o defendente reitere a inicial de defesa, e mais uma vez mostre que todo o processo do Auto de Infração objeto da defesa, merece mais esclarecimentos e troca de informações, seja a que nível for, merecendo mais tempo para que o autuado não seja prejudicado na sua defesa.

3. Embora o autuante fizesse menção do lançamento voluntário do crédito do ICMS parcial, o mesmo anexa cópias do Registro de Apuração dos exercícios de 2012 e 2013. Nas

mencionadas cópias o autuante deixa clara a intenção dele de evitar o pedido de diligência fiscal pelo impugnante, que entende que anexar cópias num instrumento que tem um prazo curto de dez dias para recurso, deixando clara a intenção de não prolongar a fiscalização (quando o autuante anexa as cópias para evitar pedido de diligências), e tentar evitar que o autuado não tenha o direito de postergar o prazo, e ainda opina sobre a não nulidade da autuação. Indaga como não anular ou postergar o prazo diante de discrepâncias reconhecidas ora sim ora não pelo autuante. O defendente reitera o pedido constante na defesa inicial e diz que mostra novos elementos pela nulidade e/ou dilação do prazo para defesa.

Em relação às demais infrações, alega que boa parte decorre da defesa apresentada anteriormente. Afirma que o autuante não efetuou qualquer levantamento que positivasse a existência de uma aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pelo autuado, isto é, um ingresso de riqueza nova a aumentar o patrimônio da pessoa jurídica, dentre outros fatos em que está a exigir ICMS e que tivesse omitido do conhecimento do fisco estadual. Entende que a autuação fiscal exige imposto baseado em presunção fiscal totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária.

O defendente também alegou que foi exigido ICMS sem prova concreta da ocorrência do fato gerador. Diz que no presente caso, o argumento defensivo está fundamentado em informações do autuante sem realizar as diligências necessárias para tal constatação, bem como sem analisar todos os documentos juntados aos autos.

Quanto à multa aplicada, o defendente alega que multas de 75% e 150% como as aplicadas ao débito original e que resulta em importâncias absurdas e injustas, impedem ou dificultam a iniciativa de qualquer contribuinte liquidar seus débitos perante a Receita Estadual. Diz que no lançamento e na imposição das multas confiscatórias ocorreu um pequeno erro material sanável. Afirma que o título executório e a execução nele embasada, são absolutamente ilegais frente ao CTN, art. 108, § 1º, e inconstitucionais frente aos arts. 5º, II; 24, § 1º, caput; art. 150, I e, IV c/c art. 59, II, da CF/88.

Acrescenta que é por demais abusiva a cobrança de multas de 75% e 150%, de forma confiscatória, ainda que, em tese e apenas *ad argumentandum*, fosse admitida a responsabilidade do impugnante, pelo fato, ainda assim, as multas em percentuais tão elevados como esses, de 75% e 150%, são eminentemente e ostensivamente confiscatórias, porque atingem os valores como deste processo.

Sobre perícia e revisão fiscal, alega que se destinam a verificar a regularidade, certeza e exatidão, em confronto com os documentos que lhes deram origem e os embasam, afirmando que o lançamento sem lastro em documentos existentes e com relatos duvidosos é ato inexistente, tem aparência e forma, mas falta-lhe o essencial: o documento que o validaria.

Por fim, o defendente requer sejam analisadas, apreciadas e decididas uma a uma as questões com motivação adequada, pertinente e fundamentalmente dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Constituição Federal, assim como, que o CONSEF obedeça os prazos de vistas estabelecidos no RPAF/BA, e que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do autuado e/ou de seus representantes legais constituídos, devendo a SEFAZ/BA abster-se de inscrição da Dívida Ativa, enquanto aguarda decisão final deste Conselho.

Reitera pedido de anulação e revisão do Auto de Infração ou nova fiscalização. Também solicita que, em última instância, não tendo mérito a solicitação anterior, que sejam reduzidas as multas aplicadas.

À fl. 1534 (VOLUME VII) esta Junta de Julgamento Fiscal, deferindo o pedido apresentado pelo autuado, encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o autuado e lhe comunicar quanto à concessão do prazo de mais trinta dias para complementar a sua impugnação.

Recomendou-se que na intimação fosse solicitado que o autuado apresentasse os documentos comprobatórios das alegações defensivas, inclusive, quanto à infração 06, comprovando os recolhimentos efetuados antes da ação fiscal.

Em relação às infrações 08 e 10, considerando a informação do autuante de que os cupons Leitura Memória Fiscal anexados à defesa (fls. 1375/1394), se referem apenas a resumos de valores – tributados, isentos e outros – não descendo ao detalhamento de itens, que solicitasse ao defendente comprovar a tributação das operações objeto da exigência fiscal.

Sobre a infração 12, solicitasse ao defendente que apresentasse o livro Registro de Saídas comprovando o lançamento das notas fiscais objeto da autuação e a correspondente tributação.

Sendo apresentadas comprovações e nova manifestação, que o PAF fosse encaminhado ao autuante para prestar informação fiscal acerca das alegações defensivas, excluindo do levantamento fiscal os valores comprovados, após análise dos documentos originais.

O defendente apresenta nova manifestação às fls. 1539 a 1547. Faz uma síntese dos fatos e alega que não foram observados os requisitos do auto de Infração. Comenta sobre arbitramento da base de cálculo e apresenta o entendimento de que restou demonstrado o não cumprimento do disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional – CTN, porque não foi especificado, de forma clara e precisa, qual a possível infringência cometida pela empresa.

Reproduz o art. 18 do RPAF-BA/99 e pede que seja julgado nulo o presente Auto de Infração, alegando que não foi proporcionado ao Contribuinte o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Comenta sobre o princípio da não cumulatividade, transcrevendo o art. 155, § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal, afirmando que no presente caso, o fisco burlou a sistemática do mencionado princípio, porque não considerou os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações tributadas, tendo sido exigido o ICMS relativo à antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro Estado, aplicando a alíquota interna e não foi subtraída a alíquota no Estado da origem.

O defendente também alega inobservância do princípio da seletividade, afirmando que não foi aplicada nos produtos aventados pela Lei 7.014/96, art. 16, alíneas “a” e “b”, que prevê alíquota de 7% para produtos abrangidos pela cesta básica. Diz que é patente a violação do princípio da legalidade, em face da não obediência aos ditames da Lei 7.014/96. Diz que houve erro no aspecto quantitativo (alíquota), equiparando-se à majoração do tributo e, nesse sentido, é necessário lei formal para lastrear o aumento. Ou seja, ou majoração do ICMS sem espeque em lei, uma vez que a majoração fora implementada por ato administrativo.

Sobre esta matéria cita decisão do STF no sentido de obstar majoração de tributo por meio de ato administrativo e conclui que o erro perpetrado pelo Fisco ao não obedecer a alíquota de 7%, prevista na Lei 7.014/96, para os produtos da cesta básica, majorando indevidamente o valor do tributo ao cobrar 17%, não ofertou a devida compensação.

Requer seja julgada a ilegalidade das multas constantes no lançamento, por entender que o valor deve ser proporcional à gravidade da penalidade imputada ao sujeito passivo, mas nunca superior ao valor do imposto. Diz que a multa indicada no Auto de Infração outorgou ao sujeito passivo penalidade demasiadamente onerosa, no patamar superior a 60% com valores confiscatórios.

Ressalta que a jurisprudência do STF tem sedimentado o entendimento de que a multa não pode usurpar o patrimônio do sujeito passivo, sob pena de obstar os princípios da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana. Cita o art. 150, IV da Constituição Federal e decisão do Ministro Celso de Mello.

Conclui que a presente autuação fiscal é danosa ao autuado, ao exigir tributo que não preenche os requisitos necessários para sua cobrança, ferindo princípios constitucionais. A exigência fiscal não deve subsistir, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador referente à diferença de

alíquota, que se mostrou inexistente, inexistindo a obrigação tributária, sendo constatada exacerbação da multa confiscatória, bem como, não houve respeito ao princípio da seletividade.

Informa que junta cópias de documentos e que os livros se encontram na sede da empresa à disposição para, querendo, analisá-los.

Entende que o presente Auto de Infração é destituído de fundamentação legal e solicita a sua improcedência, conseqüentemente, seu arquivamento. Se põe à disposição para prestar mais informações, bem como para apresentar novos documentos, se necessário.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 2132/2133, reproduzindo o teor da solicitação de diligência e esclarecendo que, na tentativa de lograr êxito, o contribuinte apresentou manifestação às fls. 1539 a 1547, fazendo a juntada de vários documentos sobre os quais o autuante apresentou os esclarecimentos a seguir.

Afirma que a manifestação apresentada não guarda qualquer correlação com o conteúdo da diligência solicitada. Diz que o defendente faz referência à não observância dos requisitos do auto de infração, tendo como foco o arbitramento da base de cálculo e pauta fiscal. Entretanto, em momento algum foi utilizado o método de arbitramento, tampouco foi aplicada a pauta fiscal, sendo observados os valores das operações realizadas pelo autuado, seja na entrada, seja nas saídas de mercadorias.

Diz que o defendente invoca o princípio da não cumulatividade, alegando que não foram deduzidos os créditos do imposto pago no Estado de origem. Essa alegação se refere à infração 06, se observando nos demonstrativos constantes dos Anexos III e III-A e III-B (fls. 124/125 que os créditos fiscais de origem foram considerados em sua plenitude nos cálculos do imposto apurado.

Informa que o defendente comenta sobre o princípio da seletividade, alegando que não foi aplicado em relação às mercadorias da cesta básica. Salienta que nenhum dos produtos da cesta básica foi incluído nos levantamentos fiscais que serviram de base para o auto de infração.

Em relação à multa, reproduz a alegação do defendente de que é confiscatória. Informa que foram aplicadas as multas elencadas no art. 42 da Lei 7.014/96, de acordo com a indicação para cada tipo de infração apurada.

Quanto à documentação acostada aos autos, informa que se trata dos mesmos documentos já examinados durante a ação fiscal, nada acrescentando ao já levado em consideração por ocasião da defesa, cujas alterações foram efetuadas na informação fiscal de fls. 1400/1407 e seus anexos, com as devidas retificações.

Por fim, conclui que a tentativa de complementar a impugnação nada acrescentou ao presente processo, tendo apenas o sentido de dissuadir a ação fiscal, tornando-se peça inepta à diligência solicitada.

VOTO

Na impugnação apresentada, o defendente suscitou a nulidade do auto de infração sob três contestações:

1. “A imensidão de informações sem correlação com os registros fiscais não permitem examinar a legitimidade das fundamentações do autuado em todas as infrações apontadas, no prazo de 30 dias concedidos para a defesa, e cita como exemplo o anexo V – Demonstrativo das saídas tributadas como não tributadas – ECF, sem correlacionar os produtos com os cupons fiscais correspondentes”.
2. “Da relação de notas fiscais de entradas não escrituradas, a quase totalidade foi escriturada”.
3. “Na apuração de erros da conta corrente fiscal, não há como levantar de que forma o Autuante levantou estes dados”.

Quanto à primeira alegação, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi concedido prazo para o defendente complementar as razões defensivas; e a correlação entre o levantamento fiscal e os registros fiscais está comprovada por meio dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Sobre a segunda e a terceira alegações, de que a quase totalidade das notas fiscais foi escriturada e que houve erro na conta corrente fiscal, trata-se do mérito da autuação e serão analisadas nos respectivos itens, e a falta de comprovação das irregularidades apontadas não implica nulidade da exigência fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Nas razões de defesa o autuado requereu o deferimento de diligências e da efetivação da prova pericial. Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem indispensáveis à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal ou perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

De acordo com as alegações defensivas, o defendente não contestou as infrações 01 e 02. Dessa forma, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que não há lide a ser decidida.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro de 2011; setembro a dezembro de 2012; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2013. Demonstrativos às fls. 46 a 48.

Conforme esclarecimentos do autuante, foi efetuado lançamento de ICMS normal, apurado nos Demonstrativos do Resumo da Conta Corrente Fiscal dos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

O defendente alegou que em razão da não escrituração deixou de aproveitar os créditos fiscais correspondentes, conforme o princípio da não cumulatividade. Entendo que neste caso, a utilização extemporânea de créditos fiscais somente poderia ocorrer mediante requerimento à repartição fazendária, podendo o reconhecimento do crédito ser efetuado conforme dispuser a legislação tributária.

O imposto foi apurado por meio de conta corrente fiscal, constituindo infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio. Dessa forma, concluo pela subsistência desta infração.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de dezembro de 2011; janeiro a novembro de 2012; janeiro a junho, setembro a novembro de 2013. Demonstrativos às fls. 49 a 71.

Trata-se de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, “b” da Lei 7.014/96, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O autuado apresentou o entendimento de que em relação à antecipação parcial não tem sentido cobrar o ICMS depois da ocorrência do fato gerador e do correspondente imposto pago por meio de conta corrente fiscal. Informa que apura o imposto pelo regime normal, ou seja, apura o ICMS através de conta corrente fiscal. Diz que no caso de lançamento tributário da antecipação parcial, ter-se-ia, pelo princípio da não cumulatividade, que abater-se seu valor na conta corrente fiscal.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que esta infração não cuida de imposto devido por antecipação parcial, e sim do imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária.

Informa que as referidas mercadorias estão demonstradas no levantamento efetuado às fls. 49/71, estando todas incluídas no regime de substituição tributária, não guardando qualquer relação com mercadorias do regime normal de apuração do imposto. Acrescenta que todos os impostos recolhidos pelo contribuinte como sendo de antecipação parcial foram levados a seu créditos, na elaboração dos demonstrativos, conforme Resumo de Conta Corrente Fiscal (infração 03), na coluna “outros créditos”, fls. 46, 47 e 48.

Observe que os argumentos e documentos fiscais apresentados para comprovar as alegações defensivas já foram considerados no levantamento fiscal da infração 03, que trata de apuração do imposto por meio de conta corrente fiscal, ficando confirmado o débito originalmente apurado. Acolho os demonstrativos elaborados pelo autuante e concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Infração 05: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, sendo aplicada a proporcionalidade para fins de cálculo do ICMS devido, nos meses de abril, agosto, outubro e novembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013.

De acordo com os demonstrativos às fls. 72 a 120 dos autos, trata-se de exigência do imposto por presunção legal, relativamente às compras de mercadorias sem o registro na escrita fiscal do contribuinte. Neste caso, a exigência do imposto foi efetuada com base no art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 4º

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Conforme o dispositivo legal acima reproduzido, a falta do registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Considerando a alegação do autuado de que muitas das notas fiscais foram escrituradas, conforme cópia do livro fiscal onde consta cada documento fiscal, o autuante disse na informação fiscal, que fazendo o cotejo entre os Anexos do Auto de Infração (fls. 72/76 e 79/117), e os demonstrativos apresentados pelo defendente, como sendo de notas fiscais escrituradas (fls. 1362/1373), constatou que os documentos relacionados encontram-se realmente registrados na escrita do contribuinte, à exceção da Nota Fiscal nº 2787, de 28/03/2013, que se refere à aquisição de polpa de frutas. Disse que foram excluídas as notas fiscais comprovadamente registradas, sendo retificado o levantamento fiscal com elaboração de novos demonstrativos (fls. 1414 a 1456), reduzindo o débito para o valor de R\$43.237,29 (Demonstrativo de débito à fl. 1457).

Vale salientar, que após a revisão efetuada pelo autuante, embora não tenha concordado integralmente, não foi apresentado pelo defendente qualquer documento novo para contrapor os novos cálculos que foram acostados aos autos.

Acato as informações prestadas pelo autuante e concluo pela subsistência parcial desta infração, sendo devido o imposto, relativamente às notas fiscais não lançadas na escrita fiscal, conforme demonstrativos às fls. 1414 a 1457, totalizando R\$43.237,29.

Infração 06: Recolhimento a menos do ICMS a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de outubro a dezembro de 2011; dezembro de 2012; junho a dezembro de 2013.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O autuado alegou que a antecipação parcial, como a expressão denota, é um recolhimento a ser feito antes da ocorrência do fato gerador e do subsequente pagamento do imposto apurado e, como determina o Regulamento do ICMS, este recolhimento deve ser abatido na conta corrente fiscal, como outros créditos do livro de apuração. Disse que o valor devido foi recolhido tempestivamente, não cabendo antecipar o que já foi pago.

O autuante, na informação fiscal, esclareceu que o autuado não recolhe o imposto normal de suas operações, desde setembro de 2012, concluindo que houve recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial em valor insuficiente ao devido. Dessa forma, não havendo recolhido o imposto normal, não recolheu o imposto que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial. Como o defendente reconhece que o imposto relativo à antecipação parcial só pode ser abatido na conta corrente fiscal após o seu recolhimento, neste caso, somente após efetuado o pagamento do valor cobrado neste Auto de Infração é que o contribuinte poderá pleitear o crédito correspondente.

Na diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal recomendou-se que na intimação fosse solicitado que o autuado apresentasse os documentos comprobatórios das alegações defensivas, inclusive, quanto à infração 06, comprovando os recolhimentos efetuados antes da ação fiscal.

Sobre a documentação acostada aos autos pelo defendente, em atendimento à diligência, o autuante concluiu que se trata dos mesmos documentos já examinados durante a ação fiscal, nada acrescentando ao já levado em consideração por ocasião da defesa, cujas alterações foram efetuadas na informação fiscal de fls. 1400/1407 e seus anexos, com as devidas retificações.

Entendo que é devido o imposto na forma apurada na revisão fiscal, haja vista que o defendente não comprovou o recolhimento integral, no prazo regulamentar, sendo devido o pagamento do ICMS a título de antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Infração subsistente.

Infração 07: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Omissão de lançamentos de saídas por meio de ECF, devido a erro na base de cálculo x alíquota aplicada, nos meses de agosto, e outubro de 2012; março, julho e novembro de 2013.

O defendente alegou que todos os cupons fiscais foram lançados, não compreendendo como o autuante encontrou tais omissões.

O autuante informou que as diferenças apuradas decorrem tanto de erros na determinação da base de cálculo, de forma que, nos meses indicados nos demonstrativos constantes dos Anexos IV e IV-A, houve supressão do valor do imposto debitado, quanto por omissão realmente de lançamentos de cupons fiscais. Citou como exemplos os meses de agosto e outubro de 2012. Para comprovar os fatos, elaborou um demonstrativo com a totalidade das operações realizadas através dos ECFs do estabelecimento, de forma a indicar as divergências apontadas em cada mês. Como tais diferenças abrangem mercadorias tributadas e não tributadas, o autuante informa que apurou nos demonstrativos constantes nos Anexos IV e IV-A (fls. 126/127), o valor do imposto devido e o registrado na escrita fiscal do contribuinte, obedecendo cada alíquota.

Conforme Demonstrativo das Diferenças Detectadas na Apuração do Imposto, caracterizadas por omissão de lançamentos de operações de saídas no ECF, fls. 126/127 dos autos, o imposto foi apurado em razão do confronto das saídas efetuadas por meio de ECF e Notas Fiscais com os registros efetuados no livro Registro de Saídas, e o defendente não apresentou comprovação de que recolheu o imposto apurado. Mantida a exigência fiscal.

Infração 08: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias realizadas através de ECF, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013.

O impugnante alegou que não há como correlacionar os produtos com os cupons, tornando impossível qualquer mecanismo de defesa neste item. Para orientação dos julgadores, o autuado informa que anexa aos autos todos os cupons de leitura da memória fiscal de todas as impressoras, demonstrando a regularidade da tributação segundo estes documentos, que fornecem os dados diretamente guardados nas memórias das ECFs utilizadas pelo estabelecimento.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que o levantamento fiscal foi efetuado tomando por base os registros dos arquivos magnéticos apresentados à fiscalização e transmitidos pelo defendente ao banco de dados da SEFAZ, cujos elementos são o produto da importação de dados dos arquivos gerados pelos ECFs relativos às operações de saídas do estabelecimento, decorrentes das vendas promovidas com emissão de cupom fiscal através dos referidos equipamentos. Entende que os referidos arquivos magnéticos poderiam suprimir operações de vendas, mas, jamais acrescentar saídas não realizadas.

Também apresentou o entendimento de que, sendo os arquivos magnéticos a reprodução das operações de saídas promovidas através dos ECFs, seu conteúdo, indica analiticamente a venda de produtos tributáveis como não tributados. Ressalta que os cupons Leitura Memória Fiscal

anexados à defesa (fls. 1375/1394), referem-se apenas a resumos de valores – tributados, isentos e outros – não descendo ao detalhamento de itens, sendo estes últimos encontrados apenas nos arquivos exportados para o formato do Convênio 57/95.

Na diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando a informação do autuante de que os cupons Leitura Memória Fiscal anexados à defesa (fls. 1375/1394), se referem apenas a resumos de valores – tributados, isentos e outros – não descendo ao detalhamento de itens o defendente, foi solicitado que constasse na intimação ao autuado que deveria comprovar a tributação das operações objeto da exigência fiscal. Entretanto, apesar de intimado neste sentido, não foi apresentada qualquer comprovação.

Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. Infração subsistente.

Infração 09: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações realizadas através de Notas Fiscais de Saídas nos meses de março, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$62,63. Multa de 60%.

O defendente não contestou este item da autuação fiscal, e o autuante informou que as próprias notas fiscais indicam claramente os fatos praticados e o autuado não teve o que alegar, concluindo por não contestar este item. Infração subsistente, haja vista que não há lide a ser decidida.

Infração 10: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias efetuadas através de ECF, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2012; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013.

O autuado afirmou que se aplica a este item as mesmas alegações relativas à infração 08, e o autuante esclareceu que na verdade, as infrações são semelhantes, sendo a infração 08, por falta total de tributação de mercadorias tributáveis, e a infração 10, por haver o contribuinte aplicado alíquota menor que a estabelecida pela legislação. Como o defendente alegou que não tem como correlacionar os produtos com os cupons fiscais, o autuante informa que, mais uma vez, repete as informações de que os elementos foram extraídos dos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado, cujos dados foram obtidos dos arquivos gerados pelos seus ECFs.

Conforme já comentado na infração 08, na diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foi solicitado que constasse na intimação que o autuado deveria comprovar a tributação das operações objeto da exigência fiscal. Entretanto, apesar de intimado neste sentido, não foi apresentada qualquer comprovação

Como o levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração foi efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de arquivos magnéticos, a correção de erros, se existirem é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às operações efetuadas mercadorias. Portanto, no caso de existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal.

Quando apresentou impugnação, o sujeito passivo deveria juntar às razões de defesa as provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (conforme art. 123 do RPAF/BA), considerando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do mencionado Regulamento). Infração subsistente.

Infração 11: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias efetuadas através de Notas Fiscais, nos meses de abril, julho e dezembro de 2013.

O autuante disse que o Contribuinte não apresentou qualquer argumento defensivo, mesmo porque se trata de operações realizadas através de notas fiscais, onde os próprios documentos indicam a realidade dos fatos. Infração subsistente, haja vista que inexistente lide.

Infração 12: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas de mercadorias efetuadas através de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2013.

Na impugnação, o defendente juntou demonstrativos informando as páginas do livro Registro de Entradas onde as notas foram escrituradas. Entretanto, na informação fiscal o autuante lembra que se trata de saídas de mercadorias, conforme consta no demonstrativo Anexo VII (fls. 464/467), enquanto os demonstrativos juntados pelo defendente tratam de entradas de mercadorias.

Na diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal foi solicitado que o defendente deveria apresentar livro Registro de Saídas comprovando o lançamento das notas fiscais objeto da autuação e a correspondente tributação.

Considerando que as cópias do livro fiscal apresentado em cumprimento à diligência não comprovam o lançamento e o pagamento do imposto correspondente às Notas Fiscais Eletrônicas objeto do levantamento fiscal, concluo pela subsistência deste item da autuação, tendo em vista que os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias, sendo devido o tributo exigido.

Quanto às infrações 13 a 17, não foi apresentada impugnação, sendo informado pelo defendente que em relação aos itens 13 a 16 não tem como contestar a autuação. Neste caso, concluo pela subsistência desses itens não impugnados, tendo em vista que não há divergências para dirimir.

Em relação à multa aplicada, o defendente alegou que multas de 75% e 150% como as aplicadas ao débito original e que resulta em importâncias absurdas e injustas, impedem ou dificultam a iniciativa de qualquer contribuinte liquidar seus débitos perante a Receita Estadual.

Neste Auto de Infração não houve indicação dos percentuais de multa citados nas razões de defesa. As penalidades aplicadas são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0003/14-7**, lavrado contra **SUPERMERCADO CARISMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$595.359,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$549.343,54 e 100% sobre R\$46.015,71, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “f” e “d”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$144.326,85**, previstas no art. 42, incisos XIII-A “j”, “i”, “L” e XVIII, “c” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA