

A. I. N° - 147.365.0188/14-0
AUTUADO - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTERIO DA SILVA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.07.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (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 sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infrações comprovadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração subsistente. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA PELA INTERNET. De acordo com o art.708-B do RICMS/97 e art. 256 do RICMS/12 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS. Não foi atendida a intimação para correção do arquivo magnético. Infração caracterizada. **c)** INCONSISTÊNCIAS. Comprovada ausência dos Registros 54, 74 e 75. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/09/2014, objetiva constituir crédito tributário no valor histórico de R\$1.344.641,51, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas às folhas 24, 25 e 28 a 36 dos autos. Valor histórico autuado R\$650.997,23. Multa 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas às folhas 26 a 36 dos autos. Valor histórico autuado R\$475.523,46. Multa 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, relativo aos exercícios de 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas anexas. Valor histórico da infração R\$73.417,27. Multa 60%, prevista no art.42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relativo à Nota Fiscal 3.937, de 18/04/12, oriunda do Estado de São Paulo. Valor histórico da infração R\$195,76. Multa 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 16.12.20 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do Programa Transmissão Eletrônicas de Dados (TED), relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilha demonstrativa anexa, tendo deixado de enviar os Registros 54, 74 e 75 nos meses demonstrados. sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00, por mês, totalizando o valor histórico autuado R\$19.320,00. Multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 16.12.24 – Forneceu arquivo magnético enviado via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas anexas. Valor histórico autuado R\$38.563,33. Multa prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 – 16.12.22 - Forneceu arquivos magnéticos, enviados através do programa Validador/SINTEGRA, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilha demonstrativa anexa, tendo deixado de enviar os Registros 54, 74 e 75 em diversos meses. Valor histórico autuado R\$86.624,46. Multa prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 98 a 118, inicialmente arguindo nulidade do auto de infração lavrado, alegando que indica a ocorrência de sete infrações, todas anotadas em um único instrumento, fato que se constitui em dificuldade de produção de defesa, devendo, só por este fato, ser julgado nulo, eis que fere princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Frisa que este não é o único vício.

Alega que não há uma concreta descrição do fato gerador do tributo, limitando-se, a autoridade autuante, a imputar o não recolhimento do imposto de circulação de mercadoria e serviços sem, contudo, discriminá-los elementos mínimos necessários ao conhecimento da autuação e, assim, garantir ao contribuinte o direito de defesa. Decerto, não há descrição mínima da ocorrência do pretenso fato gerador, especificação do porquê das alíquotas aplicadas, indicação do porquê não

houve o abatimento dos créditos na operação anterior e até mesmo porque a contribuinte deve ser considerada responsável tributário na sistemática da substituição tributária.

Para além de ausência de concreta descrição do fato gerador, a própria configuração da responsabilidade tributária da autuada resta nula. Com efeito, na capitulação das infrações de nº 1 e 2 o agente autuante enquadra a autuada como incursa no art. 125, II, alínea b do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o qual transcreve.

Argumenta que como enquadrado pelo próprio agente autuante, as supostas infrações de nº 1 e 2 só podem ser exigidas do destinatário das mercadorias (supostamente a autuada) após restar cabal e formalmente materializada nos autos a impossibilidade de exigência do tributo em relação ao remetente. É que, o caso trata-se de substituição tributária por antecipação, devendo haver a retenção do imposto, com o seu destaque na nota fiscal, por parte do remetente da mercadoria, só sendo possível a exigência do crédito tributário em face do destinatário quando restar demonstrada nos autos do PAF o esgotamento de "todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição". Assim o é porque a responsabilidade tributária do destinatário das mercadorias, como o próprio inciso II, do mesmo § 1º do art. 125 do RICMS/BA determina, é supletiva, só nascendo após a comprovação de impossibilidade de cobrança em face do remetente da mercadoria.

Diz que no caso dos autos, contudo, não é possível verificar no auto de infração qualquer referência à impossibilidade de exigência do imposto em relação ao remetente, responsável tributário por antecipação. E mais, sequer existe qualquer tentativa de exigir o tributo em face do remetente da mercadoria, como exige o inciso I do § 1º do art. 125 do RICMS/BA.

Assevera, ainda, que não se está diante de norma cuja essência seja vazia e prime exclusivamente pela formalidade. A norma em comento constitui verdadeira garantia fundamental da autuada haja vista que sua pretensa responsabilidade no caso em testilha é supletiva, só surgindo após o cumprimento do ônus imposto à autoridade fiscal pelo § 1º do art. 125 do RICMS/BA. Assim, uma vez não cumprido o que estatui o § 1º do art. 125 do RICMS/BA, restará impossibilitado o fisco de exigir o imposto em face do adquirente de mercadoria oriunda de outra unidade da federação na sistemática da substituição tributária por antecipação.

Ainda no âmbito da nulidade do presente auto, destaca que a suposta infração de 03, consistente no uso indevido de crédito fiscal, de igual forma, não preenche os requisitos necessários para garantir à autuada o exercício regular do seu direito de defesa, pois não há qualquer descrição da suposta creditação indevida. O fisco se limita a afirmar tal conduta, arbitrar valores e aplicar multa sem ao menos indicar onde, como e quando houve a utilização indevida de creditação tributária, sendo nulo o próprio auto de infração e qualquer exigência tributária em face da autuada sem que antes tenha diligenciado a autoridade fiscal no uso de todos os meios possíveis de exigir o imposto do remetente das mercadorias em questão.

Alega que, analisando detidamente o lançamento tributário efetuado no auto em epígrafe, mormente no que se refere às supostas entradas e saídas de mercadoria ensejadoras do fato gerador tributário do ICMS, e cotejando com o auto de infração nº 180.597.0006/12-5, verificou que a totalidade do imposto ora apurado já o foi nos autos deste último auto de infração. Com efeito, as entradas e saídas de mercadoria no estabelecimento da autuada nos exercícios em questão são exatamente as mesmas daquelas lançadas no auto de infração nº 180.597.0006/12-5, configurando verdadeiro *bis in idem*, na medida em que o fisco lançou o tributo por duas vezes em face dos mesmos fatos geradores. Assim, já estando em discussão os fatos geradores objeto do presente auto em auto de infração diverso, de nº 180.597.0006/12-5, há de ser reconhecida a total improcedência do presente.

Aduz "INEXISTÊNCIA DOS FATOS GERADORES DO ICMS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NO CASO EM TELA" das infrações de nº 1 e 2, qual seja, não houve entrada e, por consequência, saída, das mercadorias objeto de apuração no estabelecimento da contribuinte. Com efeito, parte o fisco da

presunção de que a existência de notas fiscais em nome da autuada é suficiente o bastante para configurar a ocorrência do fato gerador.

Afiram que as cópias de pretensas notas fiscais existente em sistema interno da SEFAZ/BA não demonstram, nem comprovam, que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento da impugnante, sendo certo que aquelas notas jamais foram apresentadas ao fisco pela impugnante.

Entende que, se não comprovam o ingresso no estabelecimento da empresa das mercadorias indicadas não podem, por isso, fazer qualquer prova de ocorrência de fato gerador de tributo.

Tece considerações sobre a antecipação tributária do ICMS e transcreve decisão e transcreve § 7º, art. 150, da CF/88, para ressaltar que na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar ou, já tendo sido o mesmo pago, é o caso de se operar a restituição do indébito.

Chama atenção para o fato de além de ter sido o contribuinte autuado pelo não recolhimento do ICMS antecipado devido por substituição tributária, o mesmo também foi autuado por pagamento a menor de ICMS lançado em livros fiscais.

Entende que esta última infração comprova a absoluta regularidade da conduta do autuado de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam ou saem do seu estabelecimento comercial, ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial que desenvolve, eventualmente não pode recolher o tributo lançado, como ocorreu.

Diz que tem sido comum que estabelecimentos comerciais diversos, de má-fé e com a intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, têm efetuado compras, em todo o Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas, com crédito no mercado e regularidade fiscal.

Afirmado que a escrituração fiscal da autuada é regular, mesmo quando não recolhe eventual Imposto por circunstâncias mercadológicas adversas, não deixando de registrar a entrada e saída das mercadorias pertinentes. Tanto que foi autuada porque registrou a saída das mercadorias, mas efetuou o recolhimento a menor do ICMS devido.

Acrescenta que na presunção de ocorrência do fato gerador, tem-se que o ingresso das mercadorias no Estado de destino é suficiente para configurar a presunção relativa exigida no art. 150, § 7º, da CF/88. Contudo, argumenta que a escrituração contábil do sujeito passivo da obrigação é prova igualmente hábil para ilidir a presunção relativa, cabendo ao fisco contraprovar que as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento da empresa.

Em relação às infrações 05, 06 e 07, diz que a autoridade autuante desrespeitou por completo a Constituição Federal quando do lançamento acerca das infrações de nº 5, 6 e 7. Com efeito, as condutas descritas são no sentido de não entrega e/ou equívoco nas informações prestadas através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados da SEFAZ/BA, de acordo com o que estatui o Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012.

Assevera que a autoridade autuante fez aplicação retroativa da legislação tributária, ao aplicar multa por desrespeito ao art. 259 e 261 do Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, a fatos ocorridos antes mesmo da sua vigência, pois a indicação de sua ocorrência no exercício de 2011 e 2012, mas o Decreto utilizado para lastro ao respectivo lançamento só veio a ser editado em março de 2012, violando o art. 150, III, a, b e c, da Constituição Federal de 1988.

Argumenta que se a garantia de irretroatividade da lei tributária atinge a obrigação principal, com mais razão há de atingir as obrigações acessórias.

De outra parte, sustenta que há de ser observado que o parâmetro utilizado para se aferir a irregularidade nas informações então prestadas pelo contribuinte estão equivocados, pois a autuada vem sofrendo com a conduta de criminosos que se utilizam da sua inscrição estadual da mesma para burlar ao fisco. De igual modo já é assente que a própria autoridade fazendária já detém conhecimento de tal fato, tendo havido inúmeras denúncias por parte da ora impugnante.

Assim, a autuada nunca poderia transmitir ao fisco informações acerca de aquisição ou saída de mercadorias que nunca comprou ou vendeu.

Destaca que o que se disse acerca da inexistência do fato gerador do ICMS para as infrações de 01 e 02 se aplica aqui. Cabendo ao fisco comprovar que efetivamente houve a aquisição e, sobretudo, a entrada das mercadorias por ele indicadas no estabelecimento da autuada. Não tendo feito tal prova, resta impossível asseverar que as informações então prestadas estão em desconformidade com a realidade dos fatos.

Por fim, ainda neste tópico, destaca a existência de incongruência do auto de infração no que tange às infrações nº 6 e 7, ao tentar descrever as condutas que ensejaram a aplicação da multa por tais infrações, a autoridade autuante assevera:

(...) *ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento e cada período (...)*

Aduz que não obstante a própria autoridade reconheça que a multa não poderá ser superior a 1% (um por cento), a mesma faz aplicação de multa na base de 5% (cinco) por cento, ou seja, 500% (quinhentos por cento) a mais do que o estabelecido pela legislação de regência.

Alega que não foi observado o postulado constitucional da não cumulatividade do tributo em questão, pois ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% sobre o total das Notas Fiscais em questão, como se o fato gerador presumido do tributo realmente tivesse ocorrido, sem abater eventual diferença na suposta operação de venda das mercadorias, o ICMS acabou sendo exigido de maneira cumulativa, violando a legislação de regência,

Argumenta que a multa aplicada de 60% é confiscatória, destacando a possibilidade do órgão julgador fazendário rever a multa aplicada, a própria Lei Estadual 7.014/96, em seu art. 42, § 8º, estatui ser possível ao órgão colegiado afastar a aplicação da multa. Assim, no caso dos autos, onde a boa-fé do contribuinte é gritante na medida em que cumpre a obrigação acessória, ao escriturar os fatos geradores mesmo quando, por situações adversas e inerentes à atividade empresarial, deixa de recolher a obrigação principal, a aplicação cega de multas à base de 60% (sessenta por cento) é nitidamente inconstitucional por desproporcional e confiscatória, não podendo este Conselho quedar-se silente a respeito.

Ao final, requer que sejam julgadas improcedentes as infrações constantes do auto em referência, ou, em assim não entendendo, que seja determinada a anulação do auto de infração para que seja lançado novamente com identificação das infrações efetivamente cometidas, fazendo-se correta capitulação e corrigindo-se as alíquotas aplicadas, promovendo-se a competente dedução dos valores do ICMS recolhidos de mercadorias adquiridas de outros estados da federação, abrindo-se novo prazo para impugnação.

O autuante presta Informação Fiscal, fl. 124 a 134, destaca que a autuada comete em sua defesa uma série de impropriedades, faltando com a verdade em pontos fundamentais e atropelando os fatos que estão evidentes no auto, como demonstrar e comprovar em seguida, concluindo pela total improcedência das alegações da defesa.

Aduz que o arrolamento de várias infrações em um único auto de infração, não foi, não é e nunca será motivo de anulação do mesmo. Trata-se, simplesmente, da forma com está prevista no regulamento do processo administrativo fiscal, com base no qual o Sistema de Emissão de Autos Informatizados-SEAI está montado, não sendo possível ao autuante modificá-lo para atender a pretensos interesses do contribuinte autuado. Por outro lado, o simples fato da ocorrência de várias infrações num mesmo instrumento de autuação nunca feriu princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório, produzindo, se muito, mais trabalho ao autuado, como consequência natural de suas múltiplas irregularidades, quando resolve impugna-las ainda que sem provas e argumentos plausíveis. Destaca que a autuada não se deu ao trabalho de examinar o conteúdo das infrações, particularmente, as duas primeiras, onde tudo está caracterizado, enquadrado e capitulado, juntamente com as planilhas demonstrativas anexas (fls. 24 a 38, 60, 61,

78 e 80 a 85 do PAF), sendo 4 (quatro) relativas ao imposto e 03 (três) pertinentes à entrega dos arquivos magnéticos-SINTEGRA (multas por omissões e divergências).

Frisa que a defesa argumenta a falta de vários pressupostos para a tipificação das infrações, demonstrando falsa ignorância a respeito de suas obrigações tributárias, conforme estão claramente definidas na legislação, quais sejam:

a) A despeito de ter alterado indevidamente, por duas vezes, o CNAE da atividade econômica principal para "FABRICACÃO DE AÇUCAR EM BRUTO" e "FABRICACÃO DE AÇUCAR DE CANA REFINADO" nos períodos de 16/09/2010 a 20/01/2012 e 06/08/2012 a 15/01/2013, conforme histórico cadastral (fls. 22 do PAF), o contribuinte não é nem nunca foi fabricante de açúcar de cana (atividade típica de usina de moagem de cana, conforme explicitou a Alt. nº 145 do RICMS/97, de 10/5/2011, quando deu nova redação ao Inc. VIII do art. 87, para fins de benefício da redução da BC nas operações internas). O fato de adquirir o açúcar em sacos de 50kg e, a depender do tipo de açúcar, moê-lo para reembala-lo em fardos de 30 unidades de um quilo, para venda no atacado, não o transforma em fabricante do produto. Portanto, em se tratando da mercadoria "AÇUCAR", sujeita ao regime de substituição tributária há mais de 20 anos, o contribuinte não pode desconhecer a sua condição de sujeito passivo da substituição por antecipação nas aquisições interestaduais, conforme art. 371 do RICMS/97 e art. 289 do RICMS/2012.

b) Suas aquisições dessa mercadoria ocorreram, em quase 100%, de estados não signatários de acordos (vide legislação anexa), tais como: Alagoas, Pernambuco, Goiás e Sergipe, conforme planilha às fls. 28 a 36 do PAF. Com ou sem prazo de recolhimento, a depender da condição de credenciado ou não, o contribuinte adquirente tem a obrigação de calcular e recolher o ICMS-Antecipação Tributária. Não o fez sistematicamente ao longo de anos. Basta dizer que das centenas de aquisições no período fiscalizado (2011 a 2013), somente 29 DAEs se encontram no sistema de arrecadação da SEFAZ, relativos a esse recolhimento (vide relação anexada). Desses, 24 foram pagos porque a fiscalização do trânsito cobrou autuado; os 5 restantes, recolhidos espontaneamente, só o foram sob a pressão do Regime Especial de Fiscalização, no segundo semestre de 2013, a que empresa estava submetida (Parecer DITRI nº 20455 de 23/05/13).

Esclarece que a sustentação de várias alegações baseadas em normas e procedimentos previstos no § 1º do art. 125 é totalmente descabida, considerando que o dispositivo legal não é citado no enquadramento das infrações 01 e 02 simplesmente pelo fato de ter sido revogado em 27/10/2010 - Dec. de alteração do RICMS nº 12.444/10. Assim, caem por terra todas as cogitações da defesa em torno desse parágrafo, tendo em vista que os fatos geradores objeto da autuação ocorreram entre 01/01/2011 e 31/12/2013, portanto, sob a regência de legislação modificada que não contempla qualquer pretensão da autuada de evadir-se das obrigações tributárias que lhe são impostas pelo regime de substituição tributária por antecipação, particularmente nas aquisições de açúcar em Estados não signatários de acordos interestaduais com a Bahia.

Quanto a alegação de que houve bi-tributação na cobrança do ICMS no auto em questão, tendo em vista a lavratura de outro auto, de nº 180.597.0006/12-5, anterior a este, é outra afirmação absolutamente equivocada. A autuação mencionada, ainda que relativa à mesma natureza (ICMS-Antecipação Tributária), se refere a fatos geradores dos exercícios de 2009 e 2010, conforme consulta ao INC-SEFAZ, (vide consulta anexada), enquanto que o auto que lavrou comprehende fatos geradores de 2011 a 2013.

Ressalta que na tentativa de escapar de suas responsabilidades tributárias, a autuada vai ao extremo de suas afirmações infundadas sustentando, em relação às compras de açúcar (Notas Fiscais Eletrônicas demonstradas nas planilhas às fls. 28 a 36 do PAF), que o fato gerador não ocorreu porque não houve entrada no estabelecimento e, por consequência, tais notas jamais foram apresentadas ao fisco pela impugnante. Afirma que a autuada falta com a verdade dos fatos, cometendo um grave esquecimento que compromete e derruba toda sua argumentação em torno da existência ou não dos fatos geradores do ICMS-Antecipação Tributária cobrado nas infrações 01 e 02. Para afastar qualquer dúvida sobre as efetivas aquisições realizadas pela autuada, e repelir todas as suas negativas de que as mercadorias não foram adquiridas, teve o trabalho de copiar e anexar ao presente PAF, praticamente, todas as notas fiscais de açúcar arquivadas em 04 pastas entregues à fiscalização, e ainda em seu poder, quando da intimação inicial, fls. 12 do PAF, para o cumprimento da Ordem de Serviço.

Destaca que o cálculo do ICMS cobrado nas infrações 01 e 02, conforme planilhas às fls. 28 a 36, levou em consideração os créditos fiscais destacados em todas as NFe's, bem como os valores eventualmente pagos em autos de trânsito ou espontaneamente, fatos que a autuada não enxergou nas planilhas demonstrativas.

Quanto aos créditos utilizados indevidamente (Infração nº 03), conforme planilhas às fls. 37/38 e 60/61, assegura que estão devidamente comprovados através das cópias do registro de entradas (fls.39 a 48 e 62 a 77), não havendo dúvidas sobre o comportamento irregular do contribuinte quando se apropria de valores de ICMS-Substituição Tributária, destacados em diversas notas fiscais, cuja tributação já foi encerrada e cujas saídas, consequentemente, ocorrem sem mais tributação.

No tocante a impugnação às infrações 05, 06 e 07 (multas pelas omissões e divergências na entrega dos arquivos quando devidamente intimado), argumenta que não resiste à análise dos fatos, pois a defesa não atentou para a separação que o enquadramento legal do SEAI (Sistema de Emissão de Auto Informatizado) faz quando a autuação envolve períodos na vigência do regulamento anterior (RICMS/97 até 31/03/12) e do regulamento atual (RICMS/12 a partir de 01/04/2012), a defesa incorre no erro de afirmar que a legislação foi aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência. Se tivesse observado melhor, teria visto o enquadramento das infrações de acordo com a vigência dos regulamentos envolvidos (fls. 03 a 05 do PAF), não havendo, portanto, a retroatividade alegada. As infrações cometidas estão demonstradas às fls. 80 a 85 do PAF e dizem respeito às diversas omissões e divergências nos registros de arquivos magnéticos, não corrigidas nos prazos dados, resultando nas multas aplicadas conforme os dispositivos legais pertinentes.

Quanto às críticas e insatisfações da defesa contra os percentuais de multa aplicados às infrações cometidas, taxando-as de confiscatórias e despropositadas, nada temos a comentar. Afinal de contas, todas foram aplicadas conforme as infrações capituladas e a legislação em vigor.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

À folha 484, o PAF foi convertido em diligência, considerando que o autuante prestou informação fiscal, fls. 123 a 134, fazendo diversas considerações esclarecendo os motivos das autuações, para rebater as arguições apresentadas pela defesa, inclusive de nulidade, acostado diversos documentos às fls. 135 a 173, além cópia de notas fiscais às 174 a 481, para que fossem entregues o contribuinte, mediante recibo, cópia da informação fiscal e seus anexos, fls. 123 a 481, informando-lhe sobre a reabertura do prazo de defesa em 60 dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 489 a 511, quanto alegado pela autoridade autuante acerca da inexistência de lesão ao direito de defesa e impossibilidade do agente fiscal proceder a uma correta lavratura de autos de infração distintos para cada infração, tome-se o que dispõe o art. 40 do Decreto 7.629/99, que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF no âmbito do Estado da Bahia. *In verbis*:

Art. 40. O autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão.

Entende que a expressão “poder” aí não se trata de uma faculdade, mas de verdadeiro dever na medida em que se está diretamente ligada à preservação de um direito fundamental do administrado, o seu exercício da ampla defesa.

Reitera que não há uma concreta descrição do fato gerador do tributo, limitando-se, a autoridade autuante, a imputar o não recolhimento do imposto de circulação de mercadoria e serviços sem, contudo, discriminá-los elementos mínimos necessários ao conhecimento da autuação e, assim, garantir ao contribuinte o direito de defesa.

Reitera a responsabilidade da autuada como supletiva, em relação às infrações de nº 1 e 2, acrescentando que por mais que a regra do § 1º do citado dispositivo tenha sido objeto de revogação por parte do Decreto 12.444/2010, a norma, ainda vigente, do art. 125, II, b, não deixa

dúvidas que a responsabilidade tributária só restará configurada quando se demonstrar que o remetente da mercadoria não fez o devido recolhimento ou o fez em valor a menor.

Aduz que o agente autuante, no afã de defender o auto de infração, pretende ver afastada a citada norma afirmando que as “*aquisições dessa mercadoria ocorreram, em quase 100% de estados não signatários de acordos*” (p. 7, item 2, alínea b, da Informação fiscal) - grifo nosso. Ressaltada que, QUASE 100% dos casos não é o mesmo que EM 100% dos casos. Se a própria autoridade, a *contrario sensu*, admite que há aquisições de mercadorias oriundas de Estados signatários de acordos, não pode, a pretexto de simplificar seu trabalho, impor o regime de substituição tributária sem observância das formalidades legais. Deve haver, pois, uma concreta discriminação nota a nota, extraíndo a responsabilidade da autuada apenas naquilo que a lei impõe.

Assim, uma vez não cumprido o que estatui o art. 125, II, b, do RICMS/BA, restará impossibilitado o fisco de exigir o imposto em face do adquirente de mercadoria oriunda de outra unidade da federação na sistemática da substituição tributária por antecipação.

Ainda no âmbito da nulidade do presente auto, cabe destacar que a suposta infração de nº 3, consistente no uso indevido de crédito fiscal, de igual forma, não preenche os requisitos necessários para garantir à autuada o exercício regular do seu direito de defesa. Decerto, não há qualquer descrição da suposta creditação indevida. O fisco se limita a afirmar tal conduta, arbitrar valores e aplicar multa sem ao menos indicar onde, como e quando houve a utilização indevida de creditação tributária.

Reitera a alegação de *BIS IN IDEM*, mais uma vez citando o auto de infração nº 180.597.0006/12-5.

Em relação a atividade da autuada, esclarece que é empresa que industrializa o açúcar refinado, devendo ter tal condição ser observada quando da ação fiscal, pois a atividade desempenhada pela impugnante configura-se no conceito de industrialização de produto.

Acrescenta que o açúcar correntemente produzido nas usinas é do tipo cristal e, ainda que conte com alguma pureza, quando destinado ao consumo direto não satisfaz ao paladar, pois possui certo gosto e cheiro de melaço e turva os líquidos aos quais é adicionado. A refinação visa eliminar esses inconvenientes e dispor o açúcar na sua função de adoçante. A refinação é um processo complexo que promove essencialmente a transformação do açúcar cristal em açúcar amorfo, isto é, sem cristais, de consumo corrente, com uma ligeira purificação. Em resumo, a refinação visa, além da purificação a melhoria da composição do açúcar, do seu sanitário e o seu branqueamento.

Destaca que a atividade de moagem desenvolvida pela autuada é, pois, industrialização de um produto ainda não acabado e pronto para o consumo humano. Decerto, a exação lançada neste auto o foi sobre a matéria-prima utilizada no processo industrial desempenhado pela impugnante. Destaca que o próprio agente fiscal reconhece isso em suas informações, embora não queira configurar tal atividade como industrialização do açúcar. São suas as seguintes palavras: “*O fato de adquirir o açúcar em sacos de 50kg e, a depender do tipo de açúcar, moê-lo para reembalá-lo em fardos de 30 unidades de um quilo, para venda no atacado, não o transforma em fabricante do produto*” (p. 7, item 2, a, da informação fiscal) – grifo nosso.

Assim, conclui que nesse passo, não se pode pretender, como fez o agente fiscal em suas informações fiscais, desqualificar a atividade produtiva desempenhada pela autuada. Ao contrário, tal fato deve obrigatoriamente ser observado pelo Fisco, com as consequências daí decorrentes, dentre elas o gozo dos incentivos fiscais pela atividade produtiva, restando patente, assim, a total improcedência da autuação em epígrafe.

Também reitera os argumentos de inexistência dos fatos geradores das infrações 01 e 02, de insubsistência das infrações 05, 06 e 07, de que a multa de 60% é confiscatória.

Ao final, requer que sejam julgadas IMPROCEDENTES as infrações constantes do auto em referência, ou, em assim não entendendo, que seja determinada a anulação do auto de infração para que seja lançado novamente com identificação das infrações efetivamente cometidas,

fazendo-se correta capitulação e corrigindo-se as alíquotas aplicadas, promovendo-se a competente dedução dos valores do ICMS recolhidos de mercadorias adquiridas de outros estados da federação, e excluindo as aquisições de matéria-prima para refino de açúcar, abrindo-se novo prazo para impugnação.

Em nova informação fiscal, auditor designado, fls. 515 a 523, acerca das razões do impugnante, salienta que passa a fazê-la, de forma sistemática.

Sobre a alegação defensiva de “*Ocorrência de sete infrações em um único instrumento (fl. 98)*”, destaca que o arrolamento de várias infrações em um único auto de infração, não foi, não é e nunca será motivo de anulação do mesmo.

Ressalta que, no segundo momento de sua defesa (fls 489 e 490), a impugnante repete os mesmos argumentos da primeira e, adicionalmente, transcreve dispositivo do RPAF, entendendo-o como regra impositiva de fracionamento da ação fiscal:

Art. 4º. O autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla e o deslinde da questão. (Sic)

Aduz que analisando o conteúdo e as formas das “argumentações” da impugnante nas duas defesas apresentadas, infere-se não ser verdadeiro o seu entendimento de que o verbo poderá impõe obrigatoriedade, pois, em qualquer dicionário, verificar-se-á que o verbo poder indica: ter a faculdade de ter possibilidade; dispor de força e autoridade. Portanto, uma faculdade do autuante, a seu critério, e não uma obrigatoriedade legal.

Em relação a alegação de “*Falta de correta descrição do fato gerador do tributo (fl. 491)*”, frisa que repete a expressão do autuante: a impugnante apresenta uma “falsa ignorância”. O PAF contém todos os elementos necessários e obrigatórios para a caracterização das infrações nele contidas (fls. 1 a 5), pois assim, dispõem os artigos 114 e 115 do CTN.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação tributária aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Assegura que consta, claramente, da peça acusatória:

Infração 01 - 07.01.01: *Falta de recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior (fl. 01).*

Infração 02 - 07.01.02: *Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior (fl.02).*

Infração 03 - 01.02.06: *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (fl. 02).*

Infração 04 - 06.02.01: *Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (fl.03)*

Infração 05 - 16.12.20: *Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação (fl. 03).*

Infração 06 - 16.12.24: *Envio de arquivos magnéticos, mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes (fl.04).*

Infração 07 - 16.12.22: *fornecimento de arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações (fl. 04).*

Relativamente ao argumento de *Falta de especificação do porquê das alíquotas aplicadas (fl. 491)*, ressalta que as alíquotas aplicadas foram as previstas na legislação tributária. Diz que o Auto de Infração é instrumento de denúncia contra práticas lesivas ao Erário Público e/ou interesses do Estado. Não é um manual de definições nem de explicações da legislação tributária. Cabe à impugnante, portanto, apontar quais alíquotas foram aplicadas indevidamente. Dessa forma, a alegação da impugnante torna-se vazia e não devendo, assim, ser considerada.

Sobre o questionamento “*Do porquê não houve o abatimento dos créditos na operação anterior (fl. 491)*”, diz ser outro questionamento destituído de qualquer validade. Questiona: Quais créditos

deveriam ser abatidos? Na apuração do ICMS a recolher ou recolhido a menor foram compensados os créditos na estrita previsão legal, conforme planilhas anexadas ao Auto de Infração. A impugnante deveria demonstrar quais créditos foram indevidamente ignorados pelo autuante. Se não o fez é porque tal suposição não existe.

No tocante ao “*Por que a contribuinte deve ser considerada responsável tributário na sistemática da substituição tributária (fl. 491)*”, aduz que a autuada é considerada responsável tributária no regime de substituição tributária por força de disposição legal. É descabida a pretensão da autuada, no presente caso, de que sua responsabilidade tributária seria supletiva no caso de o Estado da Bahia provar a impossibilidade de cobrar o tributo dos remetentes.

Salienta que, conforme observou o autuante, “quase 100%” das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributárias são originárias de Estados não signatários de convênios ou protocolos, portanto não há de se falar em responsabilidade supletiva. Isto não quer dizer que o autuante não se atentou para as situações específicas da responsabilidade supletiva. Assim, cabe a autuada demonstrar quais situações de responsabilidade supletiva foram negligenciadas em desconformidade com a legislação fiscal.

Relativamente ao argumento de “Suposta infração 3, consistente no uso indevido de crédito fiscal ... não preenche os requisitos necessários para garantir à autuada o exercício regular do seu direito de defesa... não há qualquer descrição da suposta creditação indevida (fl. 494)”, realça que o próprio autuante (fl. 133) já esclarece “quanto aos créditos utilizados indevidamente (infração nº 03), conforme planilhas às fls 37/38 e 60/61, estão devidamente comprovados através das cópias do registro de entradas (fls. 39 a 48 e 62 a 77), não havendo dúvidas sobre o comportamento irregular do contribuinte quanto se apropria de valores de ICMS - Substituição Tributária, destacados em diversas notas fiscais, cuja tributação já foi encerrada e cujas saídas, consequentemente, ocorrem sem mais tributação.”

*Quanto ao argumento de “BIS IN IDEM (fl. 494)”, frisa que o autuante foi claro e preciso em sua Informação Fiscal (fls.131 e 132) de que o Auto de Infração de nº 180.597.0006/12-5, refere-se a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2009 e 2010, enquanto o Auto de Infração ora em comento comprehende fatos geradores de 2011 e 2013, portanto, absolutamente impossível a ocorrência *do bis in idem*.*

Em relação a “*Natureza da atividade empreendida pela autuada*”, destaca que um olhar mais atento verifica que o problema não consiste em considerar ou não a atividade empreendida pela autuada como industrial. O cerne da questão é que o tipo de industrialização exercida pela autuada não está contemplada com a pretendida redução de base de cálculo, conforme entende a autuada. A autuada não é usina açucareira. O texto legal não deixa dúvida a esse respeito. Vejamos.

RICMS - Decreto nº 6.284/1997

Art. 61.

....

§ 9º Nas operações internas com açúcar de cana realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), à base de cálculo encontrada nos termos do inciso XIV do caput deste artigo aplica-se a redução prevista no inciso VIII do caput do art. 87. (efeitos a partir de 10/05/11 grifo nosso)

Art. 87

....

VIII - das operações internas com açúcar, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento); (efeitos a partir de 10/05/11 grifo nosso).

RICMS - Decreto nº 13.780 de 16.03.2012

Art. 266

...

XIV – (Revogado - efeitos até 31.01.15)

XIV - das operações internas com açúcar, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento);(grifo nosso)

No tocante a alegação de “**Inexistência dos fatos geradores do ICMS por antecipação tributária (fl. 496)**”, diz que torna-se difícil compreender porque a autuada perde tanto tempo contestando aspectos dispostos nos itens anteriores quando ela afirma não ter recebido as mercadorias relativas às notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome. Seria tão prático provar que não as recebeu. A autuada não apresenta sequer um indício de que as notas fiscais eletrônicas foram emitidas em seu nome de forma fraudulenta.

Destaca que essa é uma desculpa tanto fácil quanto frágil, pois o próprio RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/1999, em pleno vigor, dispõe:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Acrescenta que o fato de a autuada ter recolhido a menor ICMS lançado em seus livros fiscais nem por longe comprova a regularidade da conduta do autuado de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam e saem do seu estabelecimento comercial. Ao contrário, além de não registrar a maioria das entradas, ainda recolhe a menor o ICMS da pequena parte das notas registradas em seus livros fiscais.

Quanto a alegação “**Da aplicação retroativa da legislação fiscal (fl. 502)**”, destaca que um simples olhar nos enquadramentos da inflação e da multa aplicada demonstra que foi aplicada a legislação vigente em cada período fiscalizado, ou seja, o RICMS/97 até 31.03.12 e o RICMS atual a partir de 01.04.2012, conforme relatou o autuante à folha fl. 133.

Em relação ao argumento defensivos de que “**O fisco não indica a origem das notas fiscais (fl. 505)**”, aduz que:

Parece até brincadeira! No PAF estão anexadas as cópias de todas as notas fiscais: registradas e não registradas. Nelas constam todos os dados que indicam a empresa emitente: razão social, endereço, inscrição estadual, CNPJ, telefones e outras.

Relativamente ao “**Limite da multa em 1% (fl.505)**”, salienta que a legislação é clara. A multa é de 5% sobre as diferenças encontradas, ficando o montante limitado a 1% das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas. Dessa forma, uma vez que esse montante, calculado sobre 5% das diferenças verificadas não superou 1% das operações de saídas e das prestações de serviços está correta a multa de 5% aplicada e não se pode falar em multa de 500%, conforme entende a autuada.

Sobre a “**Não cumulatividade do ICMS**”, aduz que a substituição tributária encerra a fase de tributação e não há porque a utilização do crédito fiscal destacado na nota fiscal nem do antecipado. Na antecipação parcial o contribuinte utiliza-se como crédito o ICMS destacado e o efetivamente recolhido. Foram observadas pelo autuante essas duas condições.

Em relação ao argumento “**Da multa confiscatória**”, diz não ser de sua competência discutir essa matéria.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à Pauta Suplementar, do dia 30/06/2016, para discussão e definição sobre a necessidade de diligência, tendo essa 2ª Junta de Julgamento Fiscal definido pela não necessidade de realização de diligência.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto e aplicando multa decorrentes de 07 infrações.

Inicialmente, em relação a arguição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve, de forma concreta, as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Especificamente quanto a arguição de ocorrência de sete infrações no Auto de Infração, a mesma não é causa de nulidade, uma vez que a defesa não comprovou a existência de tal dificuldade na elaboração da impugnação. Ademais, tem sido comum a lavratura de Auto de Infração com mais de 10 infrações e até com mais de 20 infrações no mesmo Auto de Infração, sem que esse Conselho de Fazenda tenha considerado ser nulo, mesmo diante da existência na norma prevista Art. 4º do RPAF em vigor.

Em relação ao argumento de que não há uma concreta descrição do fato gerador do tributo, igualmente não cabe acolhimento, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado mediante Sistema Automatizado, sendo as descrições das infrações previamente definidas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Também não cabe acolhimento o argumento de falta de “*especificação do porquê das alíquotas aplicadas*”, uma vez que as alíquotas aplicadas foram as previstas na legislação tributária, cabendo à impugnante, portanto, apontar quais alíquotas, em seu entendimento, foram aplicadas indevidamente. Como bem ressaltou o autuante, o Auto de Infração é instrumento de denúncia contra práticas lesivas ao Erário Público e/ou interesses do Estado, não sendo um manual de definições nem de explicações da legislação tributária, o que se encontra nos textos da legislação do ICMS, e não no corpo de auto de infração, no qual consta os dispositivos legais infringidos e das multas aplicadas, o que foi observado pelo autuante.

Da mesma forma, não acolho o questionamento de que não consta “*o porquê não houve o abatimento dos créditos na operação anterior*”, além de não ser caso de nulidade, por se tratar de matéria relacionada ao mérito da autuação, caberia ao autuado, em sua defesa, apontar quais créditos deveriam ser abatidos, o que não ocorreu na presente lide. Observo que no levantamento fiscal de apuração do ICMS a recolher ou recolhido a menor foram compensados os créditos previstos legalmente, conforme planilhas anexadas ao Auto de Infração. A impugnante deveria demonstrar quais créditos foram indevidamente, no entendimento da defesa, ignorados pelo autuante.

Igualmente, não é causa de nulidade o argumento defensivo de não constar a razão do contribuinte “*ser considerada responsável tributário na sistemática da substituição tributária*”, uma vez que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (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 sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Portanto, não cabe a alegação de que somente seria possível as infrações de nº 1 e 2 após restar formalmente materializada nos autos a impossibilidade de exigência do tributo em relação ao remetente.

Ainda, em relação às infrações 01 e 02, também não cabe ser acolhido o argumento defensivo de que sua responsabilidade é supletiva, como exigia o inciso I do § 1º do art. 125 do RICMS/BA, uma vez que tal dispositivo foi revogado pela Alteração nº 139 (Decreto nº 12444, de 26/10/10. DOE de 27/10/10), efeitos a partir de 27/10/10, portanto, foi revogado antes das ocorrências dos fatos ferradores objeto da presente lide, que são relativas aos exercícios de 2011, 2012 e 2013. Assim, no período em tela, deve ser aplicado o disposto no art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, a qual estabelece a responsabilidade solidária, conforme abaixo:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Não acato a arguição de nulidade, no tocante ao argumento em relação à infração 3, de que “não preenche os requisitos necessários para garantir à autuada o exercício regular do seu direito de defesa, pois não há qualquer descrição da suposta creditação indevida, pois a descrição da infração é bastante clara:

INFRAÇÃO 03 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, relativo aos exercícios de 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas anexas. Valor histórico da infração R\$73.417,27. Multa 60%, prevista no art.42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Cabe registrar que a Infração 03 foi embasada nas planilhas às folhas 37/38 e 60/61, estando devidamente comprovada através das cópias do registro de entradas, fls. 39 a 48 e 62 a 77, não havendo dúvidas sobre o comportamento irregular do contribuinte quanto se apropriou de valores de ICMS - Substituição Tributária, destacados em diversas notas fiscais, cuja tributação já foi encerrada e cujas saídas, consequentemente, ocorrem sem mais tributação.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, nas infrações 01 e 02 são imputadas ao sujeito passivo ter deixado de recolher (infração 01) e ter recolhido a menor (infração 02), o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas, fls. 24, 25, 28 a 36 dos autos, para infração 01, e conforme planilhas demonstrativas, folhas 26 e 27, 28 a 36 dos autos, para infração 02.

Entendo que o argumento defensivo de “*INEXISTÊNCIA DOS FATOS GERADORES DO ICMS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NO CASO EM TELA*” das infrações de nº 1 e 2, não é capaz de elidir a autuação, as quais foram embasadas nas planilhas às folhas 24 a 36 dos autos e em notas fiscais eletrônicas cópias às folhas 174 a 481, todas entregues ao autuado, fls. 487, com reabertura do prazo de defesa, determinado mediante diligência à folha 484.

Observo, ainda, que às folhas 28 a 36, constam os números de cada nota fiscal, o Estado de origem, data de emissão, CFOP, NCM, alíquota, unidade, quantidade, valor da mercadoria, valor unitário, IPI, valor total, MVA, B. Cálculo Antecipação, Alíquota Interna, ICMS devido, Crédito de ICMS, ICMS Recolhido e ICMS a pagar.

Assim, não resta dúvida que as notas fiscais foram emitidas para o contribuinte autuado e, efetivamente, entraram em seu estabelecimento.

Igualmente não é capaz de elidir a autuação o argumento de *bis in idem*, uma vez que o Auto de Infração de nº 180.597.0006/12-5, citado pela defesa, refere-se a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2009 e 2010, enquanto o Auto de Infração em lide comprehende fatos geradores de 2011, 2012 e 2013, portanto, absolutamente impossível a ocorrência do *bis in idem*.

Em relação a “*Natureza da atividade empreendida pela autuada*”, como bem destacado pelo autuante, o cerne da questão é que o tipo de industrialização exercida pela autuada, não estando contemplada com a pretendida redução de base de cálculo, por não ser usina açucareira, conforme podemos aferir nos textos legais abaixo:

RICMS - Decreto nº 6.284/1997

Art. 61.

....

§ 9º Nas operações internas com açúcar de cana realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), à base de cálculo encontrada nos termos do inciso XIV do caput deste artigo aplica-se a redução prevista no inciso VIII do caput do art. 87. (efeitos a partir de 10/05/11 grifo nosso)

Art. 87

...

VIII - das operações internas com açúcar, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento); (efeitos a partir de 10/05/11 grifo nosso).

RICMS - Decreto nº 13.780 de 16.03.2012

Art. 266

...

XIV - (Revogado - efeitos até 31.01.15)

XIV - das operações internas com açúcar, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado que se dedique à atividade de moagem de cana para produção de açúcar (usina açucareira), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento);(grifo nosso)

Logo, ficam mantidas às infrações 01 e 02.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, relativo aos exercícios de 2012 e 2013.

Entendo que a infração restou devidamente caracterizada, uma vez que foi embasada nas planilhas às folhas 37 e 38 e 60 e 61, estando devidamente comprovada através das cópias do livro Registro de Entradas, fls. 39 a 48 e 62 a 77, não havendo dúvidas sobre o comportamento irregular do contribuinte quando se apropria de valores de ICMS-Substituição Tributária, destacados em diversas notas fiscais, cuja tributação já foi encerrada e cujas saídas, consequentemente, ocorrem sem mais tributação. Tanto é verdade que a defesa não impugnou o mérito da autuação, apenas arguiu nulidade, que foi afastada no início do voto.

Infração 03 mantida.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relativo à Nota Fiscal 3.937, de 18/04/12, oriunda do Estado de São Paulo.

Entendo que a infração restou devidamente caracterizada, uma vez que foi embasada na planilha à folha 78, estando devidamente comprovadas através da cópia da Nota Fiscal nº 3.937, folha 79. Cabe registrar, que a defesa não impugnou o mérito da autuação, apenas arguiu nulidade, de forma genérica, que foi afastada no início do voto.

Infração 04 mantida.

Às infrações 05, 06 e 07, são relacionadas aos arquivos magnéticos do contribuinte autuado.

Na infração 05 é imputado ao autuado ter deixado de entregar arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do Programa Transmissão Eletrônicas de Dados (TED), relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilha demonstrativa anexa, tendo deixado de enviar os Registros 54, 74 e 75 nos meses demonstrados, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00, por mês.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter fornecido arquivo magnético, enviado via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilhas demonstrativas anexas.

Na infração 07 é imputado ao autuado ter fornecido arquivos magnéticos, enviados através do programa Validador/SINTEGRA, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços

realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, relativo aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme planilha demonstrativa anexa, tendo deixado de enviar os Registros 54, 74 e 75 em diversos meses.

Portanto, o lançamento tributário destes itens é decorrente de duas ocorrências fáticas: 1) falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação (infração 05); 2) fornecimento de arquivo magnético enviado via internet através do programa Validador/Sintegra, **com dados divergentes** dos constantes nos documentos fiscais correspondentes; e 3) fornecimento de arquivo magnético enviado via internet através do programa Validador/Sintegra, **com omissão** de operações ou prestações, tendo deixado de enviar os Registros 54, 74 e 75 em diversos meses.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD), deverá entregar espontaneamente o arquivo magnético nos prazos previsto na legislação, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária. (art.708-A do RICMS/97).

O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no § 6º do artigo 708-A do RICMS/97, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

O § 5º do art. 708-A, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Cabe registrar que o cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação tributária visa dotar o Estado de elementos necessários para que possa verificar a regularidade no pagamento do ICMS. Ressalto, inclusive que quando a fiscalização, mesmo sem os arquivos magnéticos, detecta imposto a recolher, efetua o lançamento do débito apurado e aplica multa por descumprimento da obrigação acessória.

No presente caso, considerando que o autuado não comprovou, mediante recibo específico, que tivesse cumprido o disposto no artigo 708-A do RICMS, qual seja, que tivesse entregue, espontaneamente, nos prazos previstos na legislação, o arquivo magnético contendo as operações e prestações realizadas, foi correta a aplicação da multa no valor de R\$1.380,00, que trata a infração 05, conforme previsto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

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

De igual forma, verifico que a defesa não apresentou qualquer prova que tivesse atendido a intimação expedida pela fiscalização no prazo estipulado de 30 (trinta) dias, fls. 14 a 16. Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu a legislação acima citada, pois ao constatar a entrega dos arquivos magnéticos com inconsistências, intimou o contribuinte autuado para corrigi-las, com a concessão do prazo de 30 dias, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, restou caracterizada a entrega de arquivos com inconsistência nas infrações 06 e 07, sendo correta a aplicação da multa prevista no 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Entretanto, em relação às infrações 06 e 07, devem ser observadas as datas de vencimentos das intimações, ou seja, para infração 06 a intimação foi de cinco dias contados de 10/07/14, fl. 13, assim, a data do fato geradora será 16/07/2014, enquanto que para infração 07 a intimação foi 30 dias contados de 12/08/14, assim, a data do fato geradora será 12/09/2014, e não aquelas constantes no Auto de Infração, conforme item 2.2.da Instrução Normativa SAT nº 55 de 22/10/2014.

Logo, ficam mantidas às infrações 05, 06 e 07, com as correções das datas dos fatos geradores das infrações 06 e 07.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 147.365.0188/14-0 lavrado contra AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.200.133,72, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas, “d” e “f”, VII, alíneas “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$144.507,79, previstas nos incisos XIII-A, “i” e “j”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGAOR