

A. I. Nº - 206880.3011/16-4
AUTUADO - SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/01/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0205-03/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Diligência realizada pelo autuante reduz o valor originalmente lançado. Infração procedente parcialmente. Não acolhida nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/09/2016, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$539.936,11, acrescido da multa de 60%, decorrente do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Tais ocorrências se deram, nos meses de março, abril, junho, outubro e novembro de 2011, fevereiro, abril, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014. (infração 07.01.02).

O autuado impugna o lançamento às fls.09/36. Requer que suas razões de defesa sejam recebidas e encaminhadas para apreciação por uma das Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF. Reproduz a infração que lhe foi imputada com o respectivo enquadramento legal.

Afirma que a presente autuação fiscal não pode prosperar, pois, o Auditor se equivocou na apuração do crédito tributário, não considerando diversos pagamentos efetuados através de GNRE'S em nome dos emitentes das notas fiscais. Aduz também, que foi aplicado o regime de substituição tributária, para diversos produtos que são tributados pelo regime de conta corrente, ou seja, produtos que não estão no regime de antecipação (gerando cobrança indevida de imposto) e ainda, utilizando de MVA's totalmente descabidas, sem amparo na legislação condizente com os mesmos.

Sustenta que a autuação é nula, já que não obedeceu a escrituração fiscal do contribuinte e sim, um sistema eletrônico que utiliza apenas as datas de emissões das notas fiscais, além de registrar NCMs indevidas. Queixa-se também, que não lhe foi apresentada a mídia digital em Excel (apenas em PDF), para que pudesse conferir os cálculos ali apresentados e se defender. Diz que isso é cerceamento de defesa. Sobre a matéria cita o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, bem como, o art. 2º do RPAF/99.

Afirma que em muitos meses do período fiscalizado, o Autuante não considerou a data efetiva da entrada dos produtos no estabelecimento e sim, a data da emissão da nota fiscal pelo fornecedor, desprezando os livros de registros e a legislação vigente. Sobre o tema reproduz o art.322 do RICMS/97.

Entende que a presente autuação fiscal deve ser aplicada nulidade, pois, o autuante deixou de conferir pagamento efetuado, ou seja, utilizou como base para efetuar seus cálculos, as notas fiscais eletrônicas de Entradas e como período do fato gerador, a data da emissão das respectivas notas fiscais e dessa forma lavrou o auto.

Informa que estava credenciado pelo Estado da Bahia, para efetuar o pagamento da substituição

tributária, até o dia 25 do mês subsequente às entradas das mercadorias no estabelecimento e o Autuante, em vários meses, não considerou as datas de seu livro de Entradas e sim a data da emissão do documento. Diz que na forma como a fiscalização foi realizada, é impossível coincidir o valor mensal do crédito tributário devido encontrado, com o valor pago pelo contribuinte.

Assevera que esse fato pode ser confirmado nos demonstrativos que foram feitos pelo próprio autuante, onde diversas notas fiscais emitidas foram consideradas lançadas no mesmo mês da emissão, enquanto na verdade nos livros fiscais foram lançadas em meses posteriores.

Argumenta também, que o autuante não separou em seus demonstrativos, as notas fiscais dos contribuintes substitutos, (que retém o imposto devido na fonte e esses valores não são apurados no relatório do conta corrente dos pagamentos da SEFAZ, pois o recolhimento é efetuado pelo contribuinte substituto), das notas fiscais que vem com os devidos pagamentos por Termo de Acordo da unidade Federada. Outras notas fiscais são de responsabilidade direta do próprio contribuinte, em fazer a antecipação tributária quando da entrada das mercadorias no estabelecimento. Diz que nesse caso, os pagamentos foram efetuados até o dia 25 do mês subsequente a essas entradas, o que por si só, já dificulta seu direito de defesa, pois os papéis de trabalho, não demonstram com transparência os créditos tributários exigidos no aludido Auto de Infração.

Destaca que quando o fiscal utiliza uma sistemática diferente do contribuinte, gera uma divergência e a prova disso é que em diversos meses, o valor devido é menor que o valor pago. Aduz que mais grave é que o autuante não considera os valores pagos a maior, na composição de seus cálculos, mostrando novamente que está totalmente equivocado.

Para exemplificar, afirma que se utilizarmos os Demonstrativos – Resumo do próprio Autuante pode ser verificado que nos totais apurados, o mesmo não considera o valor total recolhido pelo contribuinte. Ou seja, quando o valor pago é maior, ele simplesmente desconsidera a diferença, mostrando dessa forma que o problema é a sistemática utilizada para fazer o seu trabalho e não que existam débitos pendentes por parte do contribuinte. Sobre nulidade cita o art. 18 do RPAF/99. Ressalta restar evidente que o auto de infração não se sustenta, pois as situações levantadas demonstram a fragilidade do mesmo e não contém elementos suficientes para determinar as infrações e ainda fere o item III do art. 18, citado.

Traz à colação decisões do CONSEF afirmando que, por muito menos, julgou nulo diversos autos de infrações, como exemplo: Acórdão JJF nº 0302-04/13, Acórdão JJF nº 0061-01/13. Aponta também, que o levantamento fiscal faltou elencar “os produtos que não estão no regime de substituição tributária, que foram cobrados impostos, com os cálculos utilizados apenas pelos NCM’s, sem a devida conferência das descrições individuais, já que estão submetidos ao regime normal”, tornando a autuação frágil e insustentável.

Afirma que não se levou em consideração os pagamentos efetuados pelos próprios fornecedores nas antecipações tributárias onde o responsável pela substituição é o próprio fornecedor, por força dos Convênios celebrados pelo CONFAZ, conforme documentos que anexou. Relata mês a mês, as inconsistências que entende existir no levantamento fiscal.

Assevera que outra informação importante, é que nos papéis de trabalho, o auditor indicou como demonstrativo de apuração dos créditos tributários, o anexo II, porém não teria recebido esse relatório.

Informa que junta cópias das notas fiscais já citadas e relatórios correspondentes às mercadorias selecionadas, referente ao período auditado, comprovando que não procede a afirmação do Autuante de que não recolheu os impostos devidos em sua totalidade.

Requer, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos aqui juntados, seja solicitada a apresentação de novos documentos. Pede seja a presente autuação fiscal julgada improcedente ou nula.

O Autuante presta informação fiscal fls.385/390. Afirma que considerando a impugnação, ratifica o procedimento fiscal nos termos a seguir. Repete a irregularidade fiscal apurada. Sintetiza os argumentos defensivos.

Quanto a suposta nulidade e improcedência da autuação fiscal, informa que as contestará conjuntamente, visando o melhor entendimento.

Sobre a infração, diz que o ilícito fiscal foi apurado considerando todas as notas fiscais eletrônicas emitidas por terceiros e destinadas ao contribuinte, em operações interestaduais, confrontando com os lançamentos efetuados pelo próprio contribuinte na sua Escrituração Fiscal, bem como, nos recolhimentos efetuados a título de substituição tributária por antecipação (GNRE's e DAE's) constantes no banco de dados da SEFAZ- Bahia.

Chama a atenção dos Julgadores, de que as alegações da defesa quanto aos possíveis equívocos que poderiam sujeitar a nulidade do procedimento fiscal são infundados, vez que, não se constata qualquer vício formal que caracterize a incerteza do lançamento fiscal.

Quanto à alegação de que a fiscalização não apresentou a Mídia Digital em Excel (apenas em PDF), frisa que não procede, uma vez que foram apresentados e recebidos pelo contribuinte todos os demonstrativos em mídia eletrônica, em formato PDF, conforme página 06 do presente processo.

Em relação à queixa de que os arquivos em PDF poderiam prejudicar ou mesmo impedir o direito ao contraditório, também não procede, visto que este formato em mídia eletrônica assemelha a figura do papel convencional, com o benefício da fácil leitura e manuseio, segurança, entre outras, podendo o contribuinte "converter" para outras formas eletrônicas de planilhas, a exemplo do 'Excel'.

Sendo assim, diz que a apresentação em formato PDF, em momento algum, impede a leitura, conhecimento do conteúdo, conferência dos elementos que compõem os cálculos da imputação fiscal, de forma a impossibilitar ao contribuinte a exercer seu direito fundamental a ampla defesa e ao contraditório.

Observa que todos os parâmetros necessários e indispensáveis para tanto, foram observados, a exemplo da existência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator; a indicação, a descrição, demonstração de forma clara dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa relacionada com a infração cometida, bem como, o acesso e conhecimento dos fatos pelo autuado.

Constata que a defesa tem como base, a planilha apresentada pela fiscalização, acrescentando a esta, informações para sustentar sua tese. Tendo em vista estas considerações e ainda, que foram revistos todos os procedimentos fiscais, a exemplo de produtos sujeito a substituição tributária, recolhimentos, M.V.A.s, produtos destinados a compor o ativo imobilizado e carga tributária, passa a informar.

Aduz que a argumentação da defesa, de que utilizou diversos produtos que não estão no regime de antecipação tributária, procede parcialmente. Transcreve os produtos assim classificados. Reconhece que constam do demonstrativo 1 e não se enquadram nos requisitos para a antecipação tributária. Afirma excluir estes valores do levantamento fiscal e apresenta novo demonstrativo 1 com as devidas correções.

Sobre os produtos MIST PAO QJO YOKI CX30/250G; PAO DE QUEIJO YOKI FD 12/250G; PAO DE QUEIJO CHL FD 6/1KG e POLENTA PRONTA YOKI CX 12/1KG, afirma que se enquadram no regime da antecipação tributária. Observa que o contribuinte no seu livro Registro de Entradas, escritura tais mercadorias com o CFOP-2403- *Compra para Comercialização em Operação Com Mercadorias Sujeita ao Regime de Substituição Tributária*.

Para os demais produtos objeto deste questionamento pela defesa, aduz não constatar no "Demonstrativo 1".

Diz que o sujeito passivo pode está utilizando a planilha que lhe foi encaminhada anteriormente à lavratura do auto de infração, com o objetivo de análise e considerações preliminares, visando evitar demandas administrativas ou judiciais, com custos desnecessários tanto para o contribuinte, quanto para o erário público.

Sobre possíveis equívocos quanto a não consideração de diversos pagamentos efetuados através de GNRE`s em nome do emitente das notas fiscais e ou destacadas nos DANFE`s, diz que realizou o seguinte procedimento de auditoria.

Todos os recolhimentos através de GNRE`s onde consta o CNPJ do destinatário (autuada) foram devidamente observados e os seus créditos fiscais apontados na planilha Demonstrativo 1 ou Demonstrativo 1.1.

Sobre as GNRE`s apresentadas que constam CNPJ do emitente, pesquisou no sistema SIGAT, para apurar a veracidade das mesmas, bem como, sua relação com as notas fiscais, a exemplo de data, número da nota fiscal, valor, etc.

Prossegue explicando que constatada a veracidade das GNRE`s, acrescentou seus valores na planilha *"Demonstrativo 1.1.- pagamentos e créditos relativos a antecipação tributária- Entradas pagamentos constantes no sistema INC e SIGAT da SEFAZ/BA e valores já lançados em Auto de Infração, Notificação Fiscal, Denúncias Espontâneas e Débitos Declarados"*, deduzindo desta forma, do imposto devido a recolher.

No que tange à hipótese, de valores referentes à antecipação tributária apontadas nos DANFE`, sustenta ter verificado a existência ou não de inscrição estadual de contribuinte substituto tributário. Confirmado a sua existência, os valores escriturados nos DANFE`s foram devidamente apontados na coluna *"ICMS Recolhidos"* no demonstrativo 1. Quando da não existência de inscrição estadual de contribuinte substituto, diz ter observado a hipótese da existência da GNRE, na forma exposta no parágrafo anterior.

Assevera que, desta forma, apropriou todos os recolhimentos consignados em GNRE devidamente comprovados na planilha *"Demonstrativo 1 ou na planilha Demonstrativo 1.1"*, sejam os pagamentos apontados anteriormente, sejam os outros observados na revisão fiscal, excluindo assim, estas parcelas do ICMS a recolher, apresentando novos demonstrativos, com as devidas correções.

Relativamente a afirmativa de utilização errônea do percentual da M.V.A. - Margem de Valor Agregado, entende que a defesa cometeu pequeno equívoco, quando desejava na verdade dizer erro na Alíquota Interna - Carga Tributária Aplicável. Informa que revendo o procedimento fiscal, conclui pela aceitação desta demanda, assim sendo, corrige a carga tributária, apresentando novo demonstrativo com as devidas correções.

No tocante a afirmativa defensiva, de que houve cobrança de ICMS sob notas fiscais de produtos adquiridas para uso/consumo e ativo imobilizado, revendo o procedimento fiscal, exclui no demonstrativo 1, o valor a ser recolhido do ICMS substituição tributária, para este questionamento, apresentando em anexo novo demonstrativo com as devidas correções.

Sobre a alegação da autuada de que a fiscalização *"...não mudou os pagamentos com CÓDIGO 1187 efetuados nas datas de 30 e 31/01/2012 para o mês 02/2012, onde estão escrituradas as notas fiscais..."*, noticia que revendo o procedimento fiscal, altera no Demonstrativo 1.1., para efeito de apuração do ICMS a recolher, os pagamentos apontados pela defesa para o mês de fevereiro de 2012, constando o referido ajuste no novo demonstrativo 1.1.

No que diz respeito a manifestação da defesa de que a fiscalização considerou erroneamente uma nota fiscal com impostos no valor de R\$ 2.261,90, que foi escriturada no mês 12/2014, como se fosse no mês 11/2014, aduz que este questionamento da defesa está equivocado, uma vez que pode ser constatado que efetivamente, a escrituração e apropriação para a nota fiscal de nº 49.293, se deu no mês de dezembro de 2014.

Por fim, diz que solicita o autuado, "*... que o autuante emita, anexe ao processo e apresente um relatório com todos os pagamentos das GNRE's efetuadas diretamente pelas empresas fornecedoras, onde demonstra todos os recolhimentos efetuados pelos mesmos, no período fiscalizado, referentes às compras efetuadas pelo contribuinte autuado...*"

Entende que pela natureza da solicitação, se sente impossibilitado para tanto, considerando o sigilo fiscal, porquanto envolve pessoas jurídicas diversas - fornecedores, bem como, acredita que este não seja o instrumento propício para esta demanda.

Esclarece que todas as GNRE's apresentadas pela defesa foram rigorosamente analisadas, verificando os respectivos recolhimentos e constatando a veracidade apontada nos Demonstrativos 1. e 1.1. Informa que após revisão do procedimento fiscal, apresenta novas planilhas com as devidas correções, que passa a fazer parte integrante deste processo administrativo fiscal.

Explica que para melhor entendimento, nas novas planilhas Demonstrativo 1 - Antecipação Tributária - Entradas, Demonstrativo 1.1 - Pagamentos e Créditos Relativos a Antecipação Tributária - Entradas, acrescenta a coluna "Observação", onde constam os procedimentos executados na revisão do procedimento fiscal. Sustenta que desta forma, está plenamente caracterizada a imputação fiscal.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o autuado volta a intervir no processo fls.396/408. Diz que o autuante em suas considerações sobre a defesa apresentada, não responde as alegações sobre as provas apontadas, mês a mês. Limita-se a responder genericamente como desde o princípio o fez na autuação. Não responde aos questionamentos feitos em sua defesa, fazendo apenas um levantamento generalizado, através da emissão das notas fiscais pelo sistema eletrônico.

Reafirma que da maneira como o autuante faz seus cálculos, é impossível encontrar os valores pagos pelo contribuinte, já que a forma de encontrar os impostos é diferente, vez que o contribuinte utiliza a data de entrada, conforme determina a legislação e o autuante utiliza a data de emissão. Afirma que o autuante comete grave erro, pois imputa ao contribuinte uma infração inexistente, inclusive por que desconsidera os valores pagos a maior em vários meses. Frisa que se existe valores pagos a maior, com certeza é porque o autuante não calculou da maneira correta, pois o contribuinte não pagou a maior e sim de acordo com a data de entrada das mercadorias no estabelecimento.

Sendo assim, solicita que sejam respondidas as provas que apontam, mês a mês, conforme a inicial e, além disso, que seja demonstrado o relatório dos recolhimentos das empresas que fazem a substituição dos impostos relativos a empresa autuada. Sugere ainda, sejam separadas as notas fiscais, exemplo, as substituídas retidas na fonte, das substituídas com GNRE e as de responsabilidade do contribuinte. Diz que dessa forma, teria o valor exato dos pagamentos de cada situação.

Assevera que o Estado não pode manter uma autuação, sem comprovar de forma transparente e sólida para evitar demandas judiciais, já que o contribuinte não cometeu a infração a ele imputada, visto que o auto, pela sua maneira de execução é nulo ou improcedente porque a infração é totalmente inexistente.

Aponta como exemplo, que o autuante continua cobrando substituição com MVA de 55% no produto polenta com NCM 19.04.90.00 e este produto não está na substituição. Diz que o regulamento na época, com relação ao único item que tem MVA de 55%, assim estabelece: *art. 353, posição 29.3, "salgados a base de amendoim ou castanha de caju" NCM 2008.11.00 e 2008.19.00*. Observa que o produto polenta, bem como, a NCM do mesmo, nada tem a ver com a cobrança da substituição.

Outra situação que assinala é que o autuante continua cobrando substituição com MVA de 328% pelo produto *proteína texturizada de soja* com NCM 2106.10.00 e este produto, também não é substituído. Sobre o único item que tem MVA de 328% conforme legislação vigente à época cita:

art. 353, posição 8.1, “sorvetes, picolés e preparações para fabricação de sorvetes em máquinas” NCM 2105.00; 1806; 1901; e 2106. Frisa que o produto polenta, bem como, a NCM do mesmo, nada tem a ver com a cobrança da substituição tributária.

Contesta a alegação do autuante de que lança as operações com estes produtos, com o CFOP 2.403, dizendo que não justifica, pois o lançamento é efetuado com o CFOP da maioria dos produtos, ou seja, a nota fiscal vem com mais produtos substituídos do que produtos com tributação normal. Assim o digitador considera sempre o CFOP do produto que mais se repete. Diz que se fosse conforme a tese do autuante, não importaria o CFOP de saídas e sim apenas o da entrada, ou seja, o contribuinte poderia lançar um produto com um CFOP e gerar a saída com outro errado, que não teria nenhum tipo de problema. Ressalta que o autuante já eliminou vários produtos com tributação normal da sua apuração da substituição, por isso não entende porque não fez também, com os descritos acima.

Sobre a informação do autuante de que fez as devidas correções e apresentou demonstrativos nº 1 e demonstrativo 1.1 com novos valores, insiste que, conforme as provas apresentadas, a infração é inexistente, até porque, o autuante conseguiu nessa informação fiscal demonstrar, que suas afirmações não são verdadeiras, pois não fez a demonstração, mês a mês, como a planilha que elaborou e que informa disponibilizar novamente.

Volta a insistir que o autuante não considerou os pagamentos efetuados pelos próprios fornecedores nas antecipações tributárias onde o responsável pela substituição é o próprio fornecedor, por força dos Convênios interestaduais, celebrado pelo CONFAZ, conforme documentos que anexa. Reitera que o levantamento fiscal deve ser elaborado considerando as ocorrências pela data de entradas no estabelecimento e não de emissão dos documentos fiscais. Conclui ser impossível coincidir os valores pagos, com os valores apurados pelo autuante. Volta a apontar, mês a mês, as inconsistências persistentes no novo demonstrativo elaborado pelo Autuante.

Solicita mais uma vez, que o Autuante apresente um relatório com todos os pagamentos das GNRE's efetuadas diretamente pelas empresas fornecedoras, onde demonstra todos os recolhimentos efetuados no período fiscalizado, referentes às compras efetuadas pelo contribuinte. Diz que com essa informação, se verificará que não existe nenhum imposto que não foi recolhido. Repete os CNPJ'S das empresas envolvidas, conforme sua defesa inicial.

Requer, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos juntados, seja solicitada a apresentação de novos documentos. Pede a improcedência ou nulidade do auto de infração.

Após discussão sobre a matéria em pauta suplementar, a 3ª JJF decidiu converter o presente PAF em diligência fls. 416/417, solicitando as seguintes providências:

PELA INSPETORIA:

- a) intimasse o contribuinte, concedendo cópia deste pedido de diligência, e prazo de 30 (trinta) dias, para que elaborasse demonstrativo apontando todas as inconsistências que ainda verifica no levantamento fiscal após ajustado pelo Autuante na informação fiscal;
- b) o Autuado deveria disponibilizar a documentação fiscal que sustenta o demonstrativo elaborado na forma acima, incluindo memória de cálculo do ICMS/ST recolhido (notas fiscais, Documentos de Arrecadação Estadual – DAES, Guias Nacional de Recolhimentos de Impostos Estaduais – GNRE).

PELO AUTUANTE:

- c) refizesse o levantamento fiscal, por operação, mês a mês, cumprindo o que determina o § 4º do art. 8º da Lei 7.014/96, no tocante a data das ocorrências;
- d) incluísse uma coluna no levantamento fiscal, apontando as mercadorias que são regidas por Convênio ou Protocolo;

e) apreciase todas as alegações do Autuado, manifestação fls.396/408, de forma fundamentada, nos termos do parágrafo 6º do artigo 127 do RPAF/BA.

Em cumprimento a diligência solicitada, o Autuante aduz os esclarecimentos a seguir alinhados fls.504/506.

Afirma que, atendendo ao quanto determinado por esta corte administrativa, procede a confecção de novos demonstrativos, incluindo uma coluna de observações, com referências aos Convênios e Protocolos, em que a Bahia e outros Estados são signatários. Acrescenta ter incluído também, uma coluna de observações, onde expõe os procedimentos executados no decorrer da "revisão fiscal".

Em relação ao determinado quanto às datas de ocorrências, informa que durante os exercícios de 2013 e 2014, tendo em vista a escrituração fiscal digital pelo contribuinte, utiliza para a apropriação, as datas constantes na sua escrituração, por presunção de veracidade jurídica. Quanto aos exercícios de 2011 e 2012, revisa as datas conforme manifestação do autuado, nos termos expostos no demonstrativo 1.

Afirma que após revisão do procedimento fiscal, apresenta em formato de mídia eletrônica, novos "demonstrativo 1." e "demonstrativo 1.1.", com as devidas correções e os valores referente ao ICMS à recolher, pagamentos e créditos relativos a antecipação tributária.

Aduz ter procedido a correções quanto aos diversos pagamentos efetuados através de GNRE'S apresentadas às quais constam CNPJ do emitente, depois de feito pesquisa no sistema SIGAT, para apurar a veracidade das mesmas, bem como a relação entre as notas fiscais, a exemplo de data, número da nota fiscal, valor, etc.

Diz que constatado a veracidade das GNRE'S, foram acrescentados seus valores na planilha *"demonstrativo 1.1.- pagamentos e créditos relativos a antecipação tributária- entradas pagamentos constantes no sistema INC e SIGAT da SEFAZ/BA e valores já lançados em auto de infração, notificação fiscal, denúncias espontâneas e débitos declarados"*, desta forma deduzidas do imposto devido a recolher.

Quanto à hipótese do apontamento nos DANFE'S de valores referentes à antecipação tributária, verifica a existência ou não de inscrição estadual de contribuinte substituto tributário. Confirmado a sua existência, os valores escriturados nos DANFE's foram devidamente apontados na coluna *"ICMS recolhidos"* no demonstrativo 1. A não existência de inscrição estadual de contribuinte substituto indica a hipótese da existência da GNRE, na forma do exposto no item anterior.

Sustenta ter apropriado todos os recolhimentos na forma de GNRE devidamente comprovados na planilha demonstrativo 1 ou na planilha demonstrativo 1.1, seja os apontados anteriormente, seja os outros observados nesta revisão fiscal, excluindo dos pagamentos do ICMS a recolher, apresentando novos demonstrativos, com as devidas correções. Assim diz que todas as GNRES apresentadas pela defesa foram rigorosamente analisadas.

Solicita seja julgado parcialmente procedente o auto de infração, com as alterações apontadas na informação fiscal, bem como, nos novos anexos "demonstrativo 1" e "demonstrativo 1.1."

O autuado volta a se manifestar, contestando a diligência realizada pelo autuante fls. 512/522. Afirma que o Autuante em suas considerações, não rebate as alegações e provas disponibilizadas, mês a mês. Limita-se a responder genericamente, como desde o princípio o fez na autuação, não utilizando as informações da apuração da empresa, fazendo apenas um levantamento generalizado através da emissão das notas fiscais pelo sistema eletrônico. Repete todos os argumentos trazidos na impugnação inicial.

Sobre as alegações do Autuante que fez as devidas correções e apresentou novos demonstrativos nº 1 e 1.1 com novos valores, insiste que não são verdadeiras, pois não fez a demonstração, mês a mês, como diz ter feito novamente.

Assevera que além de nula, a autuação fiscal é improcedente. Registra que o ICMS exigido é fruto de equívoco de verificação adotada pelo autuante, pois a autuada nunca deu causa ou motivos para o fisco estadual efetuar autos de infrações contra a mesma, pelo contrário, sempre cumpriu a legislação vigente. Volta a repetir o exposto em suas manifestações anteriores, destacando mês a mês, o que entende ser inconsistências verificadas no levantamento fiscal.

Afirma que ultrapassados os argumentos defensivos da nulidade e improcedência, requer que seja realizado o abatimento do ICMS pago a maior apurado nos papéis de trabalho do autuante com amparo no que dispõe o art. 73 do RPAF/99.

Junta cópias das notas fiscais já citadas e relatórios correspondentes às mercadorias selecionadas referentes ao período auditado. Chama a atenção dos Julgadores, que a sistemática adotada pelo Autuante tanto está equivocada que em seus próprios papéis de trabalho, em vários meses, apura recolhimentos a maior de ICMS/ST totalizando R\$170.640,20.

Reproduz planilha elaborada pelo Autuante onde se verifica a ocorrência de meses destacados com o pagamento do ICMS a maior que o devido. Operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, elencadas na substituição tributária (levantamento realizado com base em notas fiscais eletrônicas) período 01/01/2011 a 31/12/2014. Requer também, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos juntados, seja solicitada a apresentação de novos documentos.

Pede que a presente autuação fiscal julgada improcedente ou nula.

Ante a permanência da lide, após análise e discussão sobre a matéria, em pauta suplementar, os membros da 3ª JJF decidiram converter o presente PAF em nova diligência, dessa vez à ASTEC/CONSEF fl.533, a fim de que auditor fiscal designado tomasse as seguintes providências:

a) Com base nos demonstrativos elaborados pelo Fiscal quando da diligência, (contidos no CD fl. 508) intimar o Autuado para que munido das provas que afirma possuir (notas fiscais e comprovantes de recolhimento) a apontar todos os documentos fiscais que permanecem no levantamento do Autuante de forma indevida.

b) caso se confirmasse as alegações defensivas, deveria ser elaborado novo demonstrativo de débito, com a exclusão das notas fiscais que tiverem o ICMS/ST devidamente recolhido.

Após atendimento da solicitação, o Autuante e o Autuado deveriam ser intimados a tomar ciência, fazendo entrega, mediante recibo, da diligência fiscal e dos novos documentos gerados, concedendo-lhe um prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse.

Em consequência da diligência solicitada foi exarado o Parecer Técnico nº 0049/2018. O Preposto da ASTEC/CONSEF, afirma que intimado nos termos solicitados na diligência fl.538, o Autuado apresentou manifestação conforme fls. 539/561, porém não atendeu a solicitação de apresentar comprovantes de recolhimento e documentos fiscais a respeito das operações discutidas no Auto de infração. Apenas se reportou a defesa, solicitando que o auto de infração seja julgado nulo ou improcedente. Repetiu todas as considerações que foram feitas quando da defesa inicial, porém não aponta os documentos que permanecem indevidamente no demonstrativo do Autuante. Conclui que como não ficou confirmado as alegações defensivas, não foi elaborado novo demonstrativo de débito.

Às fls. 565/566 consta a ciência do Autuado e do Autuante a respeito da diligência fiscal e ambos permaneceram silente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário, referente ao recolhimento a menos do ICMS antecipação ou substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Compulsando os autos, verifico que alguns equívocos apontados pelo defendente foram

devidamente saneados através de diligência realizada pelo próprio Autuante. Portanto, tendo sido aplicada a regra do § 1º do art. 18 do RPAF/99, observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, trata-se de exigência de ICMS pelo recolhimento a menos do ICMS antecipação ou substituição tributária, referentes a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionados no Anexo 1 do RICMS/2012.

A exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo Diploma regulamentar.

O prazo para pagamento do ICMS antecipação está condicionado à situação do contribuinte junto à SEFAZ/BA, ou seja, se está credenciado ou não. Caso esteja credenciado o recolhimento poderá ser realizado até o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme dispõe o artigo 125, II, "b" §§ 7º e 8º, do RICMS/97. Contrariamente, se estiver na condição de descredenciado, o recolhimento obrigatoriamente será realizado na entrada no território deste Estado.

Nas razões de defesa, o impugnante apontou inconsistências no levantamento fiscal, como: notas fiscais que relacionam mercadorias que não se enquadravam no regime de substituição tributária, notas fiscais em que o imposto já se encontrava recolhido via GNRE – Guia Nacional de Recolhimento Estadual, utilização de MVA equivocada e que o Autuante não elaborou o levantamento fiscal, mês a mês, divergindo da forma utilizada na sua escrituração fiscal, que registra as notas fiscais de entradas, em função das entradas das mercadorias em seu estabelecimento.

Em sede de informação fiscal, o Autuante concordou com parte das queixas do Autuado e realizou ajustes no levantamento.

No entanto, o Autuado ao se manifestar, reiterou que as inconsistências apontadas permaneciam no Auto de infração. Também alegou que se o levantamento fiscal levasse em consideração, a data de entradas das mercadorias em seu estabelecimento, ao invés da data do documento fiscal, para apurar o ICMS/ST devido, inexistiria imposto a ser cobrado.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência, a fim de que o Autuante apreciasse as demandas do Autuado à luz da legislação vigente, e que refizesse o levantamento fiscal, por operação, mês a mês, cumprindo o que determina o § 4º do art. 8º da Lei 7.014/96, no tocante a data das ocorrências.

Em cumprimento a diligência fls.504/506, o Autuante informou que elaborou novos demonstrativos, incluindo uma coluna de observações, com referências aos Convênios e Protocolos, em que a Bahia e outros Estados são signatários. No que diz respeito às ocorrências, explicou que para exercícios de 2013 e 2014, tendo em vista a EFD do contribuinte, utilizou as datas ali apontadas. Para os exercícios de 2011 e 2012, revisou todas as datas utilizando o critério requerido pelo autuado. Afirmou ter procedido a correções quanto aos diversos pagamentos efetuados através de GNRE'S apresentadas nas quais constam CNPJ do emitente, considerou todos os pagamentos constantes no sistema INC e SIGAT da SEFAZ/BA e valores já lançados em auto de infração, notificação fiscal, denúncias espontâneas e débitos declarados pelo contribuinte. Por fim aduziu ter realizado as alterações pertinentes, elaborando novos "demonstrativo 1" e "demonstrativo 1.1.", contidos no CD apensado à fl. 508 do PAF.

O Autuado tomou ciência da diligência realizada e inconformado voltou a se manifestar. Disse que embora o Auditor tenha realizado alguns ajustes, o problema maior é que entende como fator que gera a inconsistência, não teria sido resolvido: são as datas de ocorrência para apuração do imposto devido.

Nessa esteira, ante a persistência da lide, a 3ªJJF em busca da verdade material, decidiu converter o presente PAF em nova diligência, dessa vez à ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal designado, com base nos demonstrativos elaborados pelo Fiscal quando da diligência, contidos no CD fl. 508, intimasse o Autuado para que munido das provas que afirma possuir (notas fiscais e comprovantes de recolhimento) a apontar, todos os documentos fiscais que permanecem no levantamento do Autuante de forma indevida.

O Preposto da ASTEC/CONSEF exarou o Parecer Técnico nº 0049/2018. Declarou que devidamente intimado fl.538, o Autuado apresentou manifestação fls. 539/561, porém não apresentou os comprovantes de recolhimento e documentos fiscais a respeito das operações discutidas no Auto de infração. Concluiu que como não foram confirmadas as alegações defensivas, nada foi alterado no demonstrativo de débito do Autuante.

Ao analisar a última manifestação do contribuinte, em atendimento a diligência fiscal, constato uma repetição de todos os argumentos presentes em suas considerações anteriores sem, no entanto, trazer ao processo, a prova de suas alegações. Insistiu que a sistemática adotada pelo Autuante tanto está equivocada, que em seus próprios papéis de trabalho, em vários meses, apura recolhimentos a maior de ICMS/ST totalizando R\$170.640,20. Solicitou que, caso fosse ultrapassados os argumentos defensivos da nulidade e improcedência, se realizasse o abatimento do ICMS pago a maior apurado nos papéis de trabalho do Autuante.

Observe que as alegações defensivas que foram devidamente comprovadas foram acolhidas pelo Autuante quando do atendimento da diligência solicitada, que ajustou o demonstrativo reduzindo o valor lançado originalmente. Cabe destacar, que qualquer análise dos argumentos insistentemente repetidos pelo Autuado carece de comprovação efetiva através dos documentos fiscais. A diligência solicitada à ASTEC/CONSEF não se cumpriu, porque esbarrou na omissão do defendente que descumpriu a obrigação de disponibilizar ao Fisco as provas que afirma ter em seu poder.

Reitero que o artigo 123 do RPAF/99 assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Cabe observar que, caso possua novos elementos de prova, pode o sujeito passivo apresentá-los em grau de recurso neste contencioso administrativo, uma vez que não logrou elidir integralmente a infração pela falta de apresentação de todas as provas que alega possuir.

Quanto ao pleito do defendente que seja realizado o abatimento do ICMS pago a maior apurado nos papéis de trabalho do próprio Autuante fl.549, observe a impossibilidade de ser acatado nesta fase processual. Entretanto, poderá o sujeito passivo requerer os valores, ali apurados pelo Autuante, para quitação do presente Auto de Infração, nos termos do § 3º do art.73, obedecendo ao rito estabelecido no art. 74 do RPAF/99.

Ante ao exposto, acolho demonstrativo elaborado pelo Autuante quando da realização da diligência fiscal e a infração subsiste em R\$246.719,11 conforme demonstrativo fl.549.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 206880.3011/16-4**, lavrado

contra **SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$246.719,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR