

A. I. N° - 206915.0009/07-9
AUTUADO - ANTONINO BONFIM DA CRUZ
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 18/11/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0338-03/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada. Comprovado que parte das mercadorias não estava enquadrada no regime de substituição tributária. Infração parcialmente elidida. **b)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. **c)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. **d)** ESTORNO DE DÉBITO SEM PREVISÃO LEGAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos admitidos pelo autuado. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo 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. Comprovado o recolhimento de parte do imposto reclamado, e que parte da mercadoria não estava enquadrada no regime de substituição tributária. Infração procedente em parte. **3. LIVROS FISCAIS. a)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **b)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações não impugnadas. **4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. Infração não contestada. **5. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovado, pelo contribuinte, que as notas fiscais de saídas estavam regularmente escrituradas nos livro Registro de Saídas, e que houve o recolhimento do ICMS lançado. Infração caracterizada. **b)** REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O registro de operações tributáveis como não tributáveis no livro Registro de Saídas de Mercadorias implicou na falta e recolhimento do imposto às mesmas relativo. Infração

caracterizada. **6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADOS. a)** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto saídas quanto de entradas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infrações não contestadas, com pedido de parcelamento do débito. **7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/11/2007, reclama ICMS no valor total de R\$236.811,74, e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$37.504,87, pelas infrações descritas a seguir:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte lançou em seus livros Registro de Entradas n^{os} 7 a 9 os créditos fiscais destacados nas compras em outras Unidades da Federação, referentes a produtos do regime de Substituição Tributária – ST. Exercício de 2005: meses de maio, setembro e dezembro; Exercício de 2006: mês de março. Demonstrativo à fl. 14, notas fiscais às fls. 15 a 18. ICMS no valor de R\$1.020,71, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – Entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2005: meses de janeiro a março, julho a setembro, dezembro; Exercício de 2006: meses de janeiro a julho. Multa no valor de R\$37.351,75.

Infração 03 – Entrada, no estabelecimento, de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2006: meses de abril e maio. Multa no valor de R\$153,12.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Exercício de 2005: meses de janeiro, março a setembro, novembro e dezembro; Exercício de 2006: meses de fevereiro, abril a junho, agosto e setembro. Demonstrativo às fls. 56 a 72. Notas Fiscais às fls. 73 a 97. ICMS no valor de R\$13.670,65, acrescido da multa de 60%.

Infração 05 – Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Mês de janeiro/2006. ICMS no valor de R\$10.104,60, acrescido da multa de 60%.

Infração 06 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias que não entraram no estabelecimento. Mês de fevereiro/2006. ICMS no valor de R\$6.664,02, acrescido da multa de 150%.

Infração 07 – Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Exercício de 2005 – meses de janeiro, fevereiro, maio e novembro. ICMS no valor de R\$44.237,14, acrescido da multa de 60%.

Infração 08 – Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Mês de janeiro/2005. ICMS no valor de R\$22.293,70, acrescido da multa de 60%.

Infração 09 – Falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Mês de abril/2005. ICMS no valor de R\$12.443,15, acrescido da multa de 50%.

Infração 10 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Mês de julho/2005. ICMS no valor de R\$1.134,66, acrescido da multa de 60%.

Infração 11 – Omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não efetuou o lançamento, no seu livro Registro de Saídas de mercadorias, das notas fiscais de venda de mercadorias tributadas, deixando de recolher o ICMS devido em tais operações. Exercício de 2005: meses de julho e setembro; Exercício de 2006: meses de março e agosto. ICMS no valor de R\$5.104,94, acrescido da multa de 70%.

Infração 12 – Falta de recolhimento de ICMS em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte lançou, no seu livro Registro de Saídas de mercadorias, notas fiscais de venda de mercadorias tributáveis como não tributáveis, conforme cópias das referidas notas fiscais e do livro Registro de Saídas. Exercício de 2005: meses de novembro e dezembro; Exercício de 2006: meses de setembro e novembro. ICMS no valor de R\$1.294,02, acrescido da multa de 70%.

Infração 13 – Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Demonstrativo às fls. 194 a 214. Exercício de 2005. ICMS no valor de R\$3.928,25, acrescido da multa de 70%.

Infração 14 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Exercício de 2006. Demonstrativo às fls. 215 a 305. ICMS no valor de R\$114.915,90, acrescido da multa de 70%.

Às fls. 98 a 193, estão acostadas cópias de livros fiscais e de notas fiscais do autuado.

O autuado, por intermédio de representante com Procuração à fl. 925 (volume III), apresenta impugnação às fls. 923 e 924, na qual expõe, quanto às imputações 01, 04, 11 e 12:

Infração 01- as Notas Fiscais nºs 12700 e 14144, listadas no demonstrativo fiscal, descrevem mercadoria não enquadrada no regime de substituição tributária, por tratar-se de macarrão instantâneo, descrição que não se enquadraria na previsão do item 11.4.1 do inciso II do artigo 353

do RICMS/BA, que transcreve. Aduz ter direito à utilização do crédito fiscal relativo a esta mercadoria, sob regime normal de tributação.

Infração 04 – Alega que parte da mercadoria, descrita nas Notas Fiscais nºs 9932, 10596 e 164210, era macarrão instantâneo, e não se encontrava submetida ao regime de antecipação tributária; que o ICMS relativo às Notas Fiscais nºs 76451, 43914, 3382, 1761, 17256 e 558055 já fora recolhido antecipadamente; que o ICMS relativo às Notas Fiscais nºs 176697, 171505 e 12732 já fora recolhido pelo emitente; e que o ICMS devido pela Nota Fiscal nº 562209 já fora objeto de autuação, tendo sido exigido o imposto devido a título de ICMS normal e de ICMS por antecipação.

Infrações 11 e 12 – “Alega o Senhor Fiscal omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento dos documentos nos livros próprios, mas atentemos ao fato de que as notas fiscais emitidas no mês foram entregues no integra e como prova segue relação detalhada unitariamente por código fiscal de todas as operações efetuadas no mês cujos registros foram apresentados no integra e não constam a omissão referida.”

Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 991 e 992 inicialmente descrevendo os termos da impugnação e, a seguir, concordando parcialmente com as alegações do defendente, nos seguintes termos:

Infração 01 - Acata a alegação defensiva, afirmando que houve, do débito tributário reclamado, a comprovação de uso regular de crédito fiscal no montante de R\$459,96, ainda restando a recolher o valor de R\$560,75, consoante novo demonstrativo do levantamento fiscal que acosta à fl. 993.

Infração 04 – Acata parcialmente as alegações defensiva, afirmando que houve, do débito tributário reclamado, a comprovação do recolhimento regular de ICMS no montante de R\$9.084,06, acostando novos demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 994 a 1003, nos quais indica o valor remanescente de imposto a recolher de R\$4.586,59.

Infrações 11 e 12 – Reprisa as alegações defensivas e aduz que as mesmas, e o demonstrativo denominado “Relatório de vendas – Relação de Notas Fiscais – Saídas – ICMS”, acostado pelo contribuinte às fls. 940 a 989, não elidem as imputações, pelo que as mantém integralmente.

Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação, nos termos que expôs em sua Informação Fiscal.

À fl. 1.010, considerando que o contribuinte não fora cientificado do teor da informação fiscal, que traz novos demonstrativos ao processo, reduzindo o débito anteriormente lançado de ofício, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, pela conversão do presente PAF em diligência à INFAZ de origem para que o contribuinte fosse cientificado, nos termos do previsto no §7º do artigo 127 do RPAF/99.

A diligência foi cumprida, conforme documentos de fls. 13 a 15 dos autos.

Consta, às fls. 1.006 a 1.008, extrato SIGAT/SEFAZ indicando o parcelamento do débito no valor principal de R\$257.036,12 e, às fls. 1.018 a 1.055, documentos relativos à informação de interrupção de pagamento do mencionado parcelamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide reclama ICMS, e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias, em razão das infrações descritas no Relatório que antecede este voto.

Quanto às imputações 02, 03, 05 a 10, 13 e 14, não contestadas pelo sujeito passivo, e cujos débitos foram, integralmente, objeto de parcelamento, conforme documentos de fls. 1.006 a 1.008, e 1.019 a 1.055, considero-as procedentes, inexistindo controvérsias. Ademais, observo que o autuado, ao ingressar com pedido de parcelamento do débito apurado, reconheceu o cometimento de tais infrações, nos termos do artigo 1º, §1º, inciso I, do Decreto nº 8.047/01.

No que tange à infração 01, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, portanto com fase de tributação já encerrada, é vedado o crédito do imposto relativo a tais mercadorias. Contudo, constato que, das quatro notas fiscais listadas pelo autuante no demonstrativo de fl. 14, duas, quais sejam, as Notas Fiscais n.ºs 12700 e 14144, acostadas respectivamente às fls. 16 e 18, referem-se a macarrão instantâneo, mercadoria que não se encontra submetida ao regime de substituição tributária, com pagamento do imposto por antecipação, por não se enquadrar nos termos do disposto no artigo 353, inciso II, item 11.4.1, do RICMS/BA, uma vez que se trata de macarrão produzido de tal modo que serve ao preparo instantâneo, hipótese excluída da previsão normativa, tal como alegado pelo contribuinte e acatado pelo autuante em sua informação fiscal, pelo que a infração é parcialmente procedente, sendo exigível o ICMS apenas em relação aos meses de maio e dezembro de 2005, com débito total de imposto no valor de R\$560,75, conforme demonstrativo fiscal do débito remanescente à fl. 993, e tabela a seguir:

INFRAÇÃO 01	DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS
	21/05/2005	286,97
	24/12/2005	273,78
	TOTAL	560,75

No que se reporta à infração 04, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, o contribuinte reconhece parte do débito exigido, e comprova parte das suas alegações defensivas contrárias ao lançamento, tal como reconhecido pelo preposto do Fisco em sua informação fiscal, a exemplo do fato de que as Notas Fiscais n.ºs 9932 (fl. 74), 10596 (fl. 75) e 164210 (fls. 94 e 95) descrevem a mercadoria macarrão instantâneo, produto que não se encontra submetido ao regime de substituição tributária, com pagamento do imposto por antecipação, e que o ICMS devido em razão das operações objeto das Notas Fiscais n.ºs 17256 e 558055, foi devidamente recolhido, conforme DAEs acostados, respectivamente, às fls. 931 e 937. Assinalo que, em relação à Nota Fiscal 171505, citada na impugnação e anexada à fl. 76 dos autos, o defendente contesta o débito à mesma relativo, mas parcela este mesmo débito, reconhecendo-o, pelo que inexistente lide concernente ao crédito tributário exigido relativo à mesma. Assim, julgo parcialmente procedente esta imputação, no valor de R\$4.586,59, conforme demonstrativos fiscais do débito remanescente às fls. 994 a 1003, e tabela a seguir:

INFRAÇÃO 04	DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS
	31/01/2005	89,69
	31/05/2005	162,90
	30/06/2005	377,20
	31/07/2005	52,12
	31/08/2005	164,36
	28/02/2006	1.453,37
	31/05/2006	1.985,06
	30/06/2006	188,88
	30/09/2006	113,01
	TOTAL	4.586,59

Em relação às infrações 11 e 12, respectivamente omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte não efetuou o lançamento, no seu livro Registro de Saídas de mercadorias, das notas fiscais de venda de mercadorias tributadas, deixando de recolher o ICMS devido em tais operações; e falta de recolhimento de ICMS em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte lançou, no seu livro Registro de Saídas de mercadorias,

notas fiscais de venda de mercadorias tributáveis como não tributáveis, observo que inexiste divergência entre o afirmado pelo preposto do Fisco e as alegações defensivas, quanto a que as mencionadas operações não estavam registradas, na forma legalmente prevista, no livro Registro de Saídas do contribuinte. O autuado também não contesta os dados numéricos lançados pelo Fisco.

O contribuinte apenas alega, em relação às duas imputações, que “as notas fiscais emitidas no mês foram entregues no sintegra e como prova segue relação detalhada unitariamente por código fiscal de todas as operações efetuadas no mês cujos registros foram apresentados no sintegra e não constam a omissão referida.”, mas as infrações 11 e 12 não dizem respeito ao fato de as operações estarem, ou não, informadas em seus arquivos magnéticos SINTEGRA, alegação que seria pertinente caso se tratasse de verificação de cumprimento de obrigação acessória diversa do foco desta lide.

Assim, ainda que os dados relativos às operações objeto de saídas objeto das imputações 11 e 12 estejam – o que, assinalo, não está comprovado nos autos deste processo – constando de forma correta no SINTEGRA, não o estão, de forma regular, nos livros fiscais do contribuinte, tal como verificado pelo Fisco e não contestado, nem comprovado, pelo autuado. Constatado que o documento intitulado “Relatório de vendas – Relação de Notas Fiscais – Saídas – ICMS”, acostado pelo sujeito passivo às fls. 940 a 989, tratando-se tão-somente de um relatório expedido pelo contribuinte, não elide as imputações. Observo inclusive que, em relação à imputação 12, conforme explicitado no Auto de Infração, do qual o sujeito passivo recebeu cópia, conforme seu recibo à fl. 09 deste processo, o Fisco não está imputando ao contribuinte a falta de registro de seus documentos fiscais, e sim a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações tributáveis que foram escrituradas como se fossem não tributáveis.

Não está comprovado, pelo sujeito passivo, que o imposto exigido nas mencionadas infrações foi recolhido e, considerando os dados deste processo e o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, considero procedentes as imputações 11 e 12.

Assinalo ainda que, cientificado da informação fiscal, e tendo recebido os documentos à mesma relativos, consoante Aviso de Recebimento emitido pelos Correios à fl. 13, e seus recibos às fls. 1014 e 1015, o contribuinte não voltou a manifestar-se nos autos, pelo que não houve controvérsias após a referida informação do preposto do Fisco.

Em relação às multas aplicadas, altero, de ofício, na infração 06, a indicação do dispositivo de multa indicado, de inciso II, alínea “f”, para inciso V, alínea “b”; na infração 10, de inciso I, alínea “a”, para inciso II, alínea “a”; e na infração 14, de inciso II, alínea “a”, para inciso III, todos dispositivos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, mantendo os percentuais apostos no Auto de Infração. Quanto aos demais percentuais e dispositivos lançados de ofício, foram corretamente indicados no Auto de Infração. Assinalo, por oportuno, que nos termos do artigo 19 do RPAF/99, a indicação incorreta de dispositivo de norma não vicia o ato, desde que, da descrição dos fatos, esteja evidente o enquadramento legal, o que ocorre na situação presente.

Por tudo quanto exposto, a exigência fiscal é parcialmente procedente em relação às infrações 01 e 04, e totalmente procedente em relação às demais, consoante dados da tabela a seguir:

INFRAÇÃO	CONCLUSÃO	ICMS DEVIDO	MULTA DESC.OBRIG.ACESSÓRIA
01	PROC. PARTE	560,75	
02	PROCEDENTE	-	37.351,75
03	PROCEDENTE	-	153,12
04	PROC. PARTE	4.586,59	
05	PROCEDENTE	10.104,60	
06	PROCEDENTE	6.664,02	
07	PROCEDENTE	44.237,14	
08	PROCEDENTE	22.293,70	
09	PROCEDENTE	12.443,15	
10	PROCEDENTE	1.134,66	

11	PROCEDENTE	5.104,94	
12	PROCEDENTE	1.294,02	
13	PROCEDENTE	3.928,25	
14	PROCEDENTE	114.915,90	
TOTAL		227.267,72	37.504,87

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$264.772,59, devendo o processo ser encaminhado à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis, conforme informações de fls. 1.018 a 1.053.

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 **206915.0009/07-9**, lavrado contra **ANTONINO BONFIM DA CRUZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$227.267,72**, acrescido das multas de 50% sobre R\$12.443,15, 60% sobre R\$96.654,61, 70% sobre R\$123.949,09, e de 150% sobre R\$6.664,02 previstas no artigo 42, incisos I, alínea “a”, II, alíneas “a”, “d”, “f”, III, V, alínea “b”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total **R\$37.504,87**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo o processo ser encaminhado à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis, conforme informações de fls. 1.020 a 1.053.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR