

A. I. Nº - 180460.0007/09-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS FRIALY LTDA
AUTUANTES - JOSÉ FERREIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 06/05/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-03/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. IMPUTAÇÃO IMPRECISA. Embora imputado no Auto de Infração o recolhimento de imposto a menos em decorrência de desencontro entre valor escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS e valor recolhido, resta comprovado nos demonstrativos do levantamento fiscal, nos documentos acostados ao processo, e nas informações fiscais, que foi realizada pelo Fisco glosa de crédito, e reconstituição do conta-corrente fiscal. É nulo o procedimento fiscal que implique em cerceamento do direito de defesa e que não contenha elementos suficientes para determinar-se, com precisão, a infração argüida. Recomendado o refazimento do procedimento fiscal, a salvo de incorreções. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Imputação reconhecida pelo sujeito passivo. Revisão realizada pelo autuante reduziu o débito originalmente lançado. Imputação procedente em parte. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUBMETIDAS A ESTE REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Imputação procedente em parte. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 25/06/2009, exige ICMS no valor total de R\$4.694,49, acrescido da multa no percentual de 60%, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Exercício de 2008 - mês de dezembro. Demonstrativo às fls. 06 a 10. ICMS no valor de R\$326,04.

Infração 02. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Exercício de 2007 – meses de julho a setembro; Exercício de 2008 – mês de janeiro. Demonstrativos às fls. 11 e 30. ICMS no valor de R\$1.648,73.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Exercício de 2008 – meses de abril a junho, setembro e dezembro. Demonstrativo à fl. 30. ICMS no valor de R\$2.719,72.

Às fls. 44 a 46 o sujeito passivo ingressa com impugnação ao lança descreve as infrações a si imputadas, e em seguida alega que o pr parcialmente equivocado, aduzindo que todas as Notas Fiscais

encontrar-se-iam com os respectivo débitos de imposto parcialmente pagos, com exceção do montante de R\$1.648,73, referente aos valores de R\$594,71, R\$295,20, R\$516,68, R\$ 242,14 (infração 02), que o autuado reconhece e afirma ter recolhido, conforme DAE anexado à fl. 47.

Em relação à Infração 01, afirma que o autuante equivocou-se ao citar como “substituídas” as Notas Fiscais n°s 844850 (à fl.48), 258348 (à fl.49) e 117 (à fl.50), e que estas são operações tributadas normalmente, conforme RICMS/BA, alegando que a NF 844850 é macarrão instantâneo; na NF 258348 a única parte “substituída e que foi efetuada a substituição da mesma” é do Produto RAYOVAC ALCALINA (R\$ 5,12), os demais o autuado afirma serem tributados normalmente, conforme RICMS/BA, e que a NF n° 117 refere-se a adoçante.

Em relação à Infração 03, sobre o mês 04/2008, o contribuinte alega que o produto referente às Notas Fiscais n°s 231679, 231678 e 231673 não está nos Anexos 88 e 89 ao RICMS/BA, e nem no artigo 353 do mesmo Regulamento. O contribuinte anexa as Notas Fiscais mencionadas às fls. 51 a 53.

Sobre o mês 05/2008, afirma que o produto referente às Notas Fiscais n°s 6863 e 6862, apesar de o autuante ter relacionado como produto substituído conforme Anexo 88 ao RICMS/BA, não o é, pois alega que o produto é tributado integralmente. O autuado anexa as Notas Fiscais mencionadas às fls. 54 e 55. O contribuinte observa que o refresco estava no Anexo 88 até 20/09/2005, e que após esta data o produto passou a ser tributado integralmente, conforme Decreto 9.547.

Sobre o mês 06/2008, alega que o produto referente às Notas Fiscais n°s 237501 e 237506, qual seja vinho Frei tinto mesa suave, não está nos Anexos 88 e 89, e nem no artigo 353 do RICMS. O contribuinte anexa as referidas Notas Fiscais às fls.56 e 57.

Sobre o mês 09/2008, afirma que o produto referente às Notas Fiscais n°s 7377 e 7378 não é substituído conforme Anexo 88. O contribuinte anexa as Notas Fiscais mencionadas às fls. 58 e 59, e salienta que o produto refresco estava no Anexo 88 até 20/09/2005, e que após esta data o produto passou a ser tributado normalmente, conforme Decreto 9.547. Em relação ao produto referente à Nota Fiscal n° 031597, o contribuinte afirma que o produto é substituído e que já está pago o imposto, conforme DAE anexo à fl. 60, e Nota Fiscal à fl. 61.

Sobre o mês 12/2008, afirma que o produto referente à Nota Fiscal n° 844850 não é substituído, conforme o Anexo 88 (macarrão instantâneo), e anexa Nota Fiscal à fl. 62. Em relação à Nota Fiscal n° 7211, afirma que o imposto sobre este produto já se encontra pago, através do GNRE (diversas notas relacionadas) no valor total de R\$ 754,20 em 12/12/2008 junto ao Bradesco Net, anexado à fl. 63 e Nota Fiscal à fl. 64. Em relação à Nota Fiscal n° 421, diz que a mesma é oriunda de Teixeira de Freitas/BA, e não do Estado do Espírito Santo, por isso afirma que não cabe a sua cobrança por substituição tributária, e anexa Nota Fiscal à fl. 65. Em relação ao produto referente à Nota Fiscal n° 117, diz que o produto desta Nota, adoçante FINN CRISTAL GOTAS F, é tributado integralmente e não como Bebida Energética, e anexa Nota Fiscal à fl. 66. Em relação à Nota Fiscal n° 3670, diz que o produto referente a esta Nota é açúcar refinado, e que cabe sua tributação em 10% e não em 20% como destaca o autuante, anexa Nota Fiscal à fl. 67.

Conclui pedindo pela improcedência parcial do Lançamento Fiscal.

À fl. 71 o autuante presta Informação Fiscal acatando parcialmente o pleito defensivo.

Em relação à Infração 01, diz que houve cobrança de saldo devedor apurado em auditoria de conta/corrente fiscal pelo lançamento indevido de crédito fiscal que assevera ter sido originário de nota fiscal referente à aquisição de macarrão e açúcar, e de outra mercadoria da qual não foi apresentada a nota fiscal, mas tão somente um fax da mesma, conforme aduz constar nas fls. 07 e 10. O autuante aduz que o impugnante alega que se trata da Nota Fiscal n° 844850, macarrão instantâneo, Nota Fiscal n° 117 de adoçante, e da Nota Fiscal n° 2 Rayovac. O autuante aduz esclarecer, quanto a este ponto, que o

Inc. II, Item 11.4.1, traz o produto macarrão, e que neste ponto entende que todos os produtos com esta nomenclatura se encontram enquadrados na substituição tributária. Que, quanto à Nota Fiscal nº 258348, a irregularidade foi a falta de apresentação da nota fiscal corretamente, sendo vedado o uso de seu crédito conforme descrito no art. 97, inc. IX, do RICMS/BA Aduz que quanto à Nota Fiscal nº 117 houve realmente engano em seu lançamento, confundido com “açúcar cristão - portanto este valor deverá ser excluído (portanto Vr. Lançado R\$326,04 (-) R\$ 70,71 = R\$255,33.”, reduzindo para este montante de R\$255,33 o débito a ser lançado de ofício para a primeira infração.

Quanto à Infração 02, aduz que foi reconhecida pelo autuado.

Em relação à Infração 03, sobre o mês 04/2008, alega que o vinho está na Substituição Tributária, de acordo com o artigo 353, inciso II, item 2.1 do RICMS/BA.

Sobre o mês 05/2008, diz que o produto refresco, na data da ação fiscal, constava como guloseima, com a mesma NCM da Nota Fiscal referente ao refresco, por isto alega que o procedimento fiscal está correto.

Sobre o mês 06/2008, repete o já alegado para o mês 04/2008.

Sobre o mês 09/2008, repete o já alegado no mês 05/2008 e diz que o valor recolhido se encontra lançado na planilha à fl. 30.

Sobre o mês 12/2008, relata, quanto à impugnação, que o impugnante alega, quanto à Nota Fiscal nº 844850, que o produto não estaria incluso na substituição tributária, fato já comentado na infração 01 – Nota Fiscal nº 7211. Assevera que o valor constante na GNRE apresentada não tem qualquer vinculação com a Nota Fiscal nº 3670, e não foi apresentado quando fiscalizado. Que em relação ao produto açúcar, consta no levantamento fiscal a MVA de 20% - Nota Fiscal nº 117 - já comentado na Infração 01, e que houve erro de digitação classificando o produto como bebida energética. Quanto à Nota Fiscal nº 421, aduz ter também havido erro quanto à origem, e que “portanto este item deverá ter excluídos os valores referentes a suas Notas Fiscais (Valor Lançado /R\$ 687,48 (-) R\$ 340,50 (-) R\$ 92,53 = R\$254,45”, reduzindo para este montante de R\$254,45 o débito a ser lançado na infração 03 para o mês de dezembro/2008.

Conclui pedindo pela procedência parcial do Auto de Infração.

O contribuinte foi cientificado do teor da informação fiscal, conforme documentos de fls. 74 e 75, e manteve-se silente.

Às fls. 81 e 82 na busca da verdade material esta 3ª JF deliberou, em pauta suplementar, por converter este processo em diligência à INFAZ de origem para que fossem tomadas as seguintes providências:

Pelo autuante, ou preposto fiscal designado:

- 1 – Em relação à Infração 01, acostasse cópia do livro Registro de Apuração do contribuinte, bem como cópia, ou seu espelho informatizado, do DAE relativo ao mês objeto desta infração.
- 2 - Elaborasse demonstrativos separados para as Infrações 02 e 03, listando no demonstrativo da Infração 02 apenas os documentos relativos à antecipação parcial, e no demonstrativo da Infração 03 os documentos referentes ao ICMS devido por substituição tributária.
- 3 – Em relação à Infração 03, verificasse a época em que cada produto objeto dos documentos fiscais listados estava submetido à substituição tributária, com a MVA prevista, excluindo do demonstrativo aquelas operações com mercadorias, que, porventura, estivessem fora deste regime no período objeto da autuação.

Após o atendimento, pelo autuante, das providências mencionada origem deveria entregar ao contribuinte, contra recibo a ser a Informação Fiscal de fls. 71 e 72; daquela Diligência; e dos

demonstrativos acostados ao processo pelo preposto fiscal em seu atendimento, reabrindo o prazo de para impugnação ao lançamento fiscal.

Às fls. 84 a 86, o autuante acostou cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte, mês de referência dezembro/2008, indicando saldo devedor no montante de R\$1.128,20.

À fl. 85, documento comprovando o recolhimento de ICMS relativo ao regime normal de apuração referente àquele mês, pelo sujeito passivo, no montante de R\$1.266,93.

Às fls. 88 e 89, cópia de DMA retificadora relativa ao mesmo mês, indicando saldo devedor de imposto sob regime normal de R\$1.128,20, e ICMS devido por substituição tributária no montante de R\$128,70.

Às fls. 90 e 91, demonstrativo intitulado “Diferença apurada no cálculo antecipação parcial”, sem indicação de MVA, discriminando o período de junho a novembro/2007, com os montantes de ICMS a recolher de R\$694,71 para o mês de julho/2007; e de R\$244,59 para agosto/2007.

À fl. 92, demonstrativo intitulado “Diferença apurada no cálculo do ICMS substituição tributária” com o montante de ICMS a recolher de R\$242,14 para o mês de janeiro/2008, em cálculo sem aplicação de MVA.

À fl. 93, demonstrativo intitulado “Diferença apurada no cálculo do ICMS substituição tributária” indicando o período de abril a dezembro/2008, com os montantes de ICMS a recolher de R\$912,04 para abril/2008; de R\$428,11 para maio/2008; de R\$343,73 para junho/2008; de R\$348,36 para setembro/2008; de R\$687,48 para dezembro/2008. Neste demonstrativo estão discriminadas as mercadorias bebidas alcoólicas (com MVA de 60%); refrescos e néctar (MVA de 40%); sorvetes e picolés (MVA de 40%); macarrão (MVA de 35%); açúcar (MVA de 20%); bebidas energéticas (MVA de 70%).

À fl. 94, o autuante reproduz o teor de parte dos itens 2 e 8 do artigo 333 do RICMS/BA.

À fl. 95 presta informação em atendimento a Diligência determinada por esta 3ª JF. Quanto à imputação 01, aduz que solicitou ao contribuinte a apresentação do seu livro Registro de Apuração de ICMS, que lhe foi apresentado. Que acostou outros documentos, que cita, ao processo. Que o livro Registro de Apuração do ICMS foi alterado, conforme se verifica confrontando-se as fls. 08 a 10 com as fls. 84 a 86, em especial o DAE e a folha de apuração do imposto, acostados às fls. 10, 36 e 86. Que, quanto à Nota Fiscal nº 117 de fato houve engano em seu lançamento, tendo sido confundida a mercadorias “açúcar cristão”, pelo que do montante de R\$326,04, lançado no Auto de Infração à fl. 01, deve ser excluído o montante de R\$70,71, resultando o imposto a ser exigido de R\$255,33 para a infração 01.

Quanto à infração 02 aduz que embora o contribuinte tenha reconhecido o cometimento da infração, verifica que no mês de agosto/2007 deixou de computar o recolhimento realizado em 27/agosto no montante de R\$60,61, pelo que o valor correto a ser lançado para agosto/2007 é de R\$244,59, e não o lançado no Auto de Infração, de R\$295,20. Que para setembro/2007 foi lançado originalmente o imposto de R\$516,68, mas que com o lançamento dos valores recolhidos, que não o foram antes por não haver identificado as natureza de recolhimentos realizados pelo contribuinte, constatou que inexistia valor a ser lançado para este mês.

No que tange à imputação 03, tendo acostado os documentos de fls. 93 e 94, nada teria a comentar a mais do quanto já dito em sua informação fiscal à fl. 71. Conclui pedindo pelo julgamento pela procedência parcial da autuação, consoante informação fiscal e diligência.

A diligência foi cumprida pela INFAZ de origem, reabrindo ao contribuinte o prazo para apresentação de nova impugnação, tendo sido-lhe entregues os documentos determinados, e este manteve-se silente.

Às fls. 77 a 79, está anexado extrato do sistema informatizado pagamento do débito originalmente lançado de ofício para a infração

VOTO

Preliminarmente, no que tange à Infração 01 do Auto de Infração, verifico que encontra-se eivada de vício insanável, posto que embora tenha sido imputado neste item do Auto de Infração o recolhimento de imposto a menos em decorrência de desencontro entre o valor escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS e o valor recolhido pelo contribuinte, resta comprovado nos demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 06 a 10, e nos documentos acostados ao processo às fls. 84 a 86 (cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte, mês de referência dezembro/2008, indicando saldo devedor no montante de R\$1.128,20), e à fl. 85 (documento comprovando o recolhimento de ICMS relativo ao regime normal de apuração referente àquele mês, pelo sujeito passivo, no montante de R\$1.266,93), bem como conforme declarações do autuante nas informações fiscais de fls. 71 e 95, descritas no Relatório que antecede este voto, que foi realizada pelo Fisco glosa de crédito considerado indevido, seguida de auditoria de reconstituição do conta-corrente fiscal, do que resultou o valor do débito tributário imputado ao sujeito passivo.

Assim, não se trata de desencontro entre valor de imposto escriturado e valor recolhido, que é a infração imputada, e existe insegurança quanto à infração que porventura tenha sido cometida pelo sujeito passivo. A incerteza quanto à imputação cerceia o direito de defesa do contribuinte.

É nulo o procedimento fiscal que implique em cerceamento do direito de defesa e que não contenha elementos suficientes para determinar-se, com precisão, a infração argüida. Tratando-se de nulidade absoluta, deve ser argüida de ofício, nos termos do artigo 20 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela nulidade da Infração 01, e recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias referentes ao mês de dezembro/2008, objeto desta imputação 01.

Passo a tratar do mérito das demais imputações.

A imputação 02 trata de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.648,73, devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização nos meses de julho a setembro/2007, e no mês de janeiro/2008.

Embora o contribuinte tenha confessado o cometimento desta infração, e providenciado o parcelamento do débito tributário respectivo, o Fisco, de ofício, revendo o levantamento realizado, corrigindo distorções apurou novo valor a ser lançado no presente Auto de Infração.

Observe, por oportuno, que em tendo o autuante verificado o recolhimento e imposto no montante de R\$60,61, deduzido este valor do imposto originalmente lançado de R\$295,20 para o mês de agosto/2007, resta a ser lançado R\$234,59 e não R\$244,59.

Assim, restou procedente em parte a Infração 02 no montante de R\$1.071,44, conforme informações fiscais de fls. 71 e 95, e novo demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 90 a 92, com base nos quais elaboro a planilha a seguir:

INFRAÇÃO 02	
DATA OCORRÊNCIA	ICMS
31/07/2007	594,71
31/08/2007	234,59
31/01/2008	242,14
TOTAL	1.071,44

Em relação à imputação 03, recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$2.719,72, devido por antecipação, na qualidade de sujeito por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos autos, resta procedente a imputação consoante argumentações defensivas e revisões realizadas pelo

procedente em parte esta imputação no valor de R\$2.286,69, conforme informações fiscais de fls. 71 e 95, com base nas quais elaboro a planilha a seguir:

INFRAÇÃO 03	
DATA OCORRÊNCIA	ICMS
30/04/2008	912,04
31/05/2008	428,11
30/06/2008	343,73
30/09/2008	348,36
31/12/2008	254,45
TOTAL	2.286,69

Ressalto a inexistência de controvérsias acerca do levantamento fiscal após o atendimento da Diligência determinada por esta 3ª JJF, com reabertura do prazo para apresentação de nova impugnação ao lançamento de ofício.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no montante de R\$3.358,13.

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 **180460.0007/09-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS FRIALY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de total de **R\$3.358,13**, acrescido da multa no percentual de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 7.014/96, além dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR