

A. I. Nº - 207668.0003/09-7  
AUTUADO - MELITTA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTES - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 15.12.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0364-02/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Elidida em parte a infração mediante comprovação de erro na auditoria de estoques. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. É devida a imposição da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado o lançamento das notas fiscais no livro Registro de Entradas. Descaracterizada a infração. 3. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA REGISTRADA NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Contudo, não é devida a aplicação da multa no presente processo, tendo em vista que a multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, somente entrou em vigor a partir de 27/11/2007 através da Lei nº 10.847/07, não alcançando os fatos geradores objeto do presente lançamento. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2009, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$39.918,43, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$13.252,13, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas 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 contabilizadas no mesmo exercício, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques.

- por espécie de mercadorias em exercícios fechados e aberto, referente aos exercícios fechados de 2006 e 2007 (01/01 a 30/04/2007), conforme demonstrativos às fls.14 a 116.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro de 2006 e novembro de 2007, sendo aplicada multa no valor de R\$ 4.686,40, equivalente a 10% sobre o valor das operações, conforme demonstrativo às fls.145 a 146.
  3. Multa percentual, no valor de R\$ 21.979,90, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de outubro de 2005 a dezembro de 2006, conforme documentos às fls.152 a 158.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls.456 a 468, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões de fato e direito a seguir expostas.

#### Infração 01

Aduz que não são procedentes as omissões apuradas pela fiscalização, quando analisados os controles dos seus estoques (exercício de 2006 e também o de 2007), nos quais resta clara a desconsideração de determinadas movimentações (mercadorias devolvidas), que voltaram a compor os estoques do estabelecimento, no momento da elaboração do cálculo do imposto.

Alega que em razão da grande quantidade de produtos envolvidos, citando apenas a título exemplificativo, os itens relativos a "Filtro de Papel 102"; Filtro de Papel 103" e "Filtro Brigitte 102/40", para os quais fez uma demonstração ilustrativa na composição dos estoques, unidades que entraram por meio de devoluções, desconsideradas pela autuante, anexando cópias das notas fiscais, destacando, também, a desconsideração de saídas de alguns dos produtos selecionados no levantamento de estoque, anexando cópias das notas fiscais.

Conclui este item dizendo que basta confrontar as notas fiscais discriminadas nas planilhas de "Composição do Estoque" (fls. 303 e 363) apresentadas, com as omissões de entradas apontadas pela autuação, para concluir a inexistência de valores em aberto a título de ICMS, em razão de seu efetivo recolhimento, extinguindo-se o crédito tributário, ou, no mínimo, o cancelamento de grande parte da exigência.

#### Infração 02

Diz que a pretensão fiscal mais uma vez não merece prosperar, destacando que a autuante, relativamente a NF 732.117, não logrou localizá-la na escrita fiscal, pois o seu correto número seria 432.117 (registrada e anexando cópia); quanto a NF 907.172, pede pelo cancelamento deste item, em função do registro da mesma na sua escrita fiscal, anexando cópia do LRE (fl.380).

#### Infração 03

O autuado reconhece que a antecipação parcial é devida, que o RICMS impõe o recolhimento do ICMS no momento da aquisição da mercadoria oriunda de outro Estado antes da venda ao consumidor final, porém, diz que a autuação, não obstante, cometeu alguns equívocos que merecem ser sanados: o primeiro é com relação ao recolhimento do crédito atinente a NF 417.389, que foi calculado a menor pela autuante. Pede a retificação do Demonstrativo da Antecipação Parcial; o segundo é com relação à NF 421.451 que, incluída no demonstrativo de janeiro de 2006 pela autuante, teve a diferença de alíquota recolhida no mês anterior (dezembro de 2005), razão pela qual não poderia influenciar o cálculo de eventual diferença do mês seguinte. Considera que o cálculo foi contaminado pela desconsideração de créditos e pela incorreta alocação de documentos fiscais, diz merecer ser cancelada a autuação, também nesse item.

Ao final, requer a realização de diligência para a apuração de todo o em vista o fato de que a autuante, para apuração das supostas infraçõ

os documentos que comprovariam a inexistência de quaisquer obrigações tributárias eventualmente devidas, pedindo e esperando a impugnação, após realização das diligências requeridas, o cancelamento da exigência fiscal pelos motivos aduzidos e o arquivamento do PAF.

Juntou os demonstrativos e documentos constantes às fls.303 a 380 para comprovar suas alegações defensivas.

A autuante presta informação fiscal às fls.383 a 386, e após verificações das razões defensivas, esclareceu que a ação fiscal é decorrente de pedido de baixa de inscrição cadastral, que foi intimado várias vezes, e que a documentação fiscal que se encontrava noutro Estado, foi entregue por partes e após sucessivas intimações e contatos com a contabilidade local. As notas entregues em caixas Box, pastas AZ e até sacos, estavam separadas pelos meses não permitindo a conferência individual (uma a uma).

Em seguida, rebateu as razões defensivas conforme segue.

#### Infração 1

Diz que nos levantamentos dos estoques dos exercícios em questão (2006 e 2007), foram selecionadas 16 (dezesseis) mercadorias (filtros de café variados, jarras, porta-filtro e garrafa térmica); feitos com base nos arquivos magnéticos recepcionados pelo autuado e revisados por amostragem. Informa que antes da finalização dos trabalhos fiscais foi apresentada à contabilidade da empresa uma cópia dos levantamentos dos estoques que apresentaram omissões (procedimento sugerido e autorizado administrativamente) para conferência e apresentação de notas de entrada e saída escrituradas que, porventura, não foram consideradas nos mesmos. Frisa que, sem ter recebido nenhuma manifestação da empresa e já no fechamento do trimestre fiscal, encerrou sua fiscalização.

Demonstrando surpreendido com o aparecimento de várias notas, em sua maior parte de devolução e, após checagem dos arquivos, constatou que, realmente constam dos registros, porém todas sem discriminação/especificação dos itens/produtos, apenas com os valores totais monetários, por isso, quando da aplicação do roteiro de estoque pelo SAFA, por não terem registro de nenhuma das mercadorias selecionadas, as referidas notas apresentadas não constaram nos levantamentos (Anexados os "Espelhos de Nota Fiscal Eletrônica" conseguidos através do SVAM de algumas das notas em questão).

Diz que também não foram apresentadas à fiscalização durante a ação fiscal, conforme declara o autuado que "não reuniu consigo todos os documentos que comprovariam a inexistência de quaisquer obrigações tributárias eventualmente devidas pela própria", e por isso, nas amostragens efetuadas não foram detectadas (ressaltando que no mês de fevereiro do exercício de 2007 - arquivos com registros zerados - o levantamento foi feito manualmente).

Argumenta que por ter sido apresentado arquivo com informações faltando, incompletas ou incorretas, além do não fornecimento/apresentação da totalidade de sua documentação fiscal, mesmo após exaustivas intimações e contatos, entende que esta infração deve ser mantida na sua totalidade, sem a consideração das notas fiscais apresentadas pela defesa da autuada.

#### Infração 2

Com relação à numeração trocada da nota fiscal de número 732.117 de 22/09/2006, esta é a numeração que foi fornecida pela listagem do CFAMT 2007 (fl.151 do P AF) e, aduz que mesmo sem ter recebido a via da nota para conferência dos dados e numeração com a cópia apresentada pela defesa da autuada, entende tratar-se de erro na digitação do CFAMT, considerando como sendo a mesma nota. Por conseguinte, excluiu do Demonstrativo (fls. 145 a 150). Já com relação à nota fiscal de número 907.172 de 14/11/2007, por não ter sido apresentada via da mesma para conferência com os dados do CFAMT e checagem da autenticidade anexas sendo anexada cópia do LRE, mas sem a rubrica ou visto na folha do livro pela fiscalizadas nas folhas dos livros utilizadas no PAF como prova ou/e compõem

Created with

infração. Após processadas a devida alteração o débito passou para o valor de R\$ 1.552,32.

### Infração 3

Reconhece que realmente houve erro da autuação na digitação do crédito da NF 417.389 de 05/10/2005, não sendo desconsiderado crédito algum, ocorrendo apenas em uma nota das mais de 100 (cem) constantes do Demonstrativo (ANEXO IV – fls. 154 a 158). Refez os cálculos do citado demonstrativo, passando para R\$306,49 o valor do crédito, e para R\$437,86, o valor do ICMS a antecipar. Com relação à incorreta alocação da NF 421.451 de 22/12/2005, incluída no Demonstrativo do exercício de 2006, por ter sido registrada/recebida apenas em janeiro de 2006, portanto correta sua inclusão naquele mês, mas, mesmo assim, entende não haver problema algum transferi-la para o Demonstrativo de dezembro/2005. Conclui que o débito deste item passa para R\$21.827,33.

Concluindo, após a revisão que efetuou no levantamento fiscal, pugna pela procedência parcial do auto de infração no valor de R\$ R\$36.631,78.

O autuado tomou conhecimento da informação fiscal, conforme intimação e AR dos Correios (fls.412 a 413), manifestando-se às fls.415 a 422, nos seguintes termos.

Quanto a infração 01, expõe os argumentos defensivos expendidos na informação fiscal, e diz que a autuante sustenta que a não apresentação de toda a documentação solicitada durante a fiscalização, mesmo após diversas intimações, implica na desconsideração das NFs juntadas na defesa, porém que tais NFs constam nos registros, porém sem a discriminação do item/produto a que se referem, apenas com o valor, o que também leva à exclusão nos levantamentos fiscais.

Argumenta que a pretensão da autuante em não acolher os documentos apresentados na impugnação acaba por ofender o Decreto nº 7.629/99, que aprova o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia e expressamente determina a apresentação da prova documental nessa fase, sob pena de preclusão, conforme art.123, parágrafo 5º, e observa que o § 6º do citado dispositivo possibilita a apresentação superveniente de documentos.

Diz que está equivocado a autuante quando afirma que, muito embora constem as citadas NFs nos registros, deverão ser excluídas do levantamento fiscal pois não trazem a discriminação do item/produto a que se referem, apenas o valor, pois segundo o autuado, todas as NFs anexadas à impugnação possuem a discriminação do produto, e por isso, basta confrontá-las, através do respectivo número e valor, com os lançamentos contábeis. Citou como exemplo a NF nº 807, relativa à devoluções recebidas pelo estabelecimento e desconsiderada pela autuante quando da análise da movimentação do estoque. Chama a atenção que os produtos devolvidos são: *Filtro Melitta 102/40; Café Clássico 250/5 kg; Capuccino Tradicional 500g/24 e Solúvel Instantâneo Descafeinado 24*, os quais, muito embora não estejam discriminados no registro, podem facilmente serem identificados por meio do valor e número da NF.

No tocante à infração 02, sustenta o regular registro da NF nº 907.172 no LRE. Sobre o entendimento da autuante de que a não apresentação da NF 907.172 impossibilita o cancelamento da infração, pois sem a mesma fica inviabilizada a conferência dos dados e sua autenticidade, argumenta que não houve descumprimento ao artigo 322 do RICMS/97, uma vez que apresentou a cópia do Livro de Registro de Entradas, no qual a nota foi regularmente registrada.

Com relação à infração 03, manifesta a sua concordância quanto às observações feitas pela autuante em relação ao item 3 do AI, quais sejam, de que o crédito da NF nº 417.389 deve ser retificado para que conste o montante de R\$ 306,49, e quanto à alocação da NF nº 421.451, concordou com a sua transferência para o demonstrativo de 2005.

Por fim, reitera todos os termos da impugnação apresentada para o fim de cancelar *in totum* a exigência fiscal.

Considerando que o sujeito passivo:

- a) impugnou a auditoria de estoques com base na alegação de que foram desconsideradas determinadas movimentações (mercadorias devolvidas), que voltaram a compor os estoques do estabelecimento, e também que não foram incluídas no levantamento das saídas algumas notas fiscais, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 303 e 363;
- b) apontou equívocos no trabalho fiscal, especificando os erros na auditoria de estoques, acompanhados dos respectivos documentos fiscais não considerados.

Na Pauta Suplementar do dia 18/11/2009, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, para que o revisor fiscal:

1. Verificasse se a documentação acostada à peça defensiva (fls.303 a 363) comprova a alegação defensiva de que não foram consignadas nas entradas notas fiscais de devolução de vendas, e nas saídas notas fiscais relativas à venda de mercadorias.
2. Após o atendimento da providência anterior, procedesse as alterações cabíveis na auditoria de estoques, elaborando novos demonstrativos, com a indicação do novo valor do débito a ser considerado, se fosse o caso.

À fls.432, a ASTEC/CONSEF, informa que o este setor encontrava-se com uma equipe extremamente reduzida em face do deslocamento de diversos diligentes para atuarem como julgadores suplentes das Juntas de Julgamento Fiscal; que se trata de levantamento quantitativo de estoques e os diligentes da ASTEC não têm acesso ao SAFA; e é perfeitamente possível que a diligência solicitada seja efetivada por um fiscal estranho ao feito lotado na Inspetoria de origem, sugeriu o encaminhamento, no que foi acolhida pela Presidente do CONSEF, do presente processo à repartição de origem para que o Inspetor Fazendário indicasse um auditor fiscal estranho ao feito para cumprir a diligência determinada pelo órgão julgador conforme despacho à fl.431.

O processo foi encaminhado para a própria autuante, a qual, à fl.435, informou o seguinte.

Diz que incluiu nos levantamentos de estoques dos exercícios de 2006 e 2007, as notas de devolução não apresentadas materialmente pelo autuado durante a ação fiscal e anexadas ao processo por ocasião da defesa, e que constavam sem os itens/produtos selecionados nos arquivos magnéticos.

Frisa que como o entendimento foi pela inclusão das mesmas nos levantamentos fiscais, sugeriu a aplicação da multa formal pela apresentação incorreta (omissões, divergências com os documentos fiscais, etc) dos arquivos magnéticos e/ou pela falta de apresentação e apresentação incompleta da documentação fiscal, uma vez que foram aplicadas diversas intimações constantes às fls.09 a 12 do PAF.

Pede que seja julgado o PAF procedente em parte no valor histórico de R\$ 23.824,52. Foram anexados novos demonstrativos de estoques e de débitos com novos cálculos às fls.436 a 481.

A Infaz de origem expediu a intimação à fl.483 em nome do autuado, reabrindo o prazo de defesa, porém a mesma não foi entregue, com base na informação do Contador Hamilton Santos de Souza, CRC nº 18.277 – BA, de que o estabelecimento do autuado está fechado e os sócios César Ribeiro, telefone (11) 3179-1245; Romildo Cons, telefone (11) 3179-1246; Marcos Boltz, telefone (14) 3711-7237; e Marizia Denis, telefone (14) 3711-7286, encontram-se na cidade de São Paulo.

Por conta disso, foi intimado Braga e Marafon Consultores e Advogados (fls.488 e 489), que se manifestou às fls.492 a 499, com base nas seguintes razões defensivas.

Aduz que devidamente intimado, apresentou sua impugnação, insurgindo-se, dentre outras, em face da Infração 01 do Auto de Infração, apurada através de levanta por espécies de mercadorias.

Esclarece que apontou, na sua peça defensiva, que o levantamento fiscal da infração 01 continha equívocos, uma vez que foram desconsideradas, no momento da elaboração do cálculo do suposto ICMS devido, determinadas movimentações, relacionadas à devolução de mercadorias, as quais voltaram a compor os seus estoques.

Frisa que comprovou suas assertivas em relação aos erros contidos na referida auditoria de estoques por meio da juntada de demonstrativo e de cópia de notas fiscais não consideradas pela fiscalização, devidamente acostadas às fls. 303 a 363 do presente Auto de Infração.

Transcreveu as providências determinadas pelo órgão julgador para a revisão fiscal, e observa que a diligência foi cumprida, sendo acostado aos autos demonstrativo de débito com novos cálculos, com a redução do débito para o valor histórico de R\$ 23.824,52, e sugerida a aplicação de multa formal pela suposta apresentação incorreta dos arquivos magnéticos e/ou pela falta de apresentação ou apresentação incompleta da documentação fiscal.

Discordou da aplicação da multa sugerida na revisão fiscal, argumentando que as notas fiscais apresentadas na impugnação já constavam nos registros do arquivo magnético, sem a devida discriminação do item/produto a que se referem, mas apenas com o valor.

Diz que os documentos anexados em sua impugnação não foram antes apresentados porque durante o procedimento fiscal na dispunha de toda a documentação.

Repisa que o artigo 123 do RPAF/99 assegura o direito à realização de prova documental no momento da impugnação ao lançamento tributário, com a juntada dos documentos que entender necessários à comprovar suas razões defensivas, inexistindo, no seu entender, previsão legal que imponha penalidade por terem sido apresentadas nesse momento.

Com esse argumento, afirma que não existe previsão legal para a exigência de multa formal em razão de apresentação incorreta ou incompleta de documentação fiscal ou mesmo da falta de sua apresentação, após já ter sido intimado anteriormente.

Diz, mais, que já foi penalizado com a aplicação da multa correspondente sobre as supostas infrações acometidas sob a ótica da fiscalização, com fundamento no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não sendo devido o agravamento da penalidade já imposta diante da ausência de previsão legal.

Declara concordar com a inclusão das NFs apresentadas com a defesa, bem assim com os novos cálculos para considerá-las nos levantamentos de estoque, que culminaram na redução do valor do Auto de Infração, o que corrobora que o lançamento contém inconsistências e, assim, não merece subsistir, por manifesta nulidade da autuação.

Por fim, requer a improcedência da infração 01 e das demais infrações.

A autuante volta a se manifestar à fl.509 dizendo que após atendimento da diligência solicitada, consoante revisão fiscal constante às folhas 435 a 481 do PAF, sugeriu a aplicação de multa formal prevista no RICMS/BA relativa à apresentação incorreta (omissões, divergências com os documentos fiscais, etc.) dos arquivos magnéticos e/ou pela falta de apresentação/apresentação incompleta da documentação durante toda a ação fiscal. Em conformidade com as justificativas e alegações constantes às fls. 385 e 386, 426 e 435 do PAF, e para que este não atendimento/respeito às intimações fiscais ou apresentação apenas após autuação (traduzindo-se em negligência no cumprimento da norma trib.), não venham a surtir efeitos perante outros contribuintes.

## VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99.

Inicialmente, observo que o autuado impugnou todas as três infrações contempladas no Auto de Infração, relativamente a: omissão de entradas (omissão de sa

mediante auditoria de estoques; falta de escrituração de notas fiscais no Registro de Entradas; e multa percentual sobre o ICMS não recolhido por antecipação parcial, respectivamente.

Isto posto, analisemos cada infração de per si.

#### Infração 01

O fulcro da acusação fiscal diz respeito a apuração, por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, de omissão de entradas de mercadorias tributadas, presunção legal de omissão de saídas.

O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado (docs.fl.14 a 116), nos quais, o Fisco discrimina os produtos objeto das exigências, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e baseia-se nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário, tudo declarado no arquivo magnético. E, foi com base no procedimento citado acima que restaram constatadas diferenças de entradas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto com base na presunção legal de omissão de saídas, tudo de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Na defesa o autuado alegou que foram desconsideradas, na auditoria de estoques, determinadas movimentações (mercadorias devolvidas), que voltaram a compor os estoques do estabelecimento, e também que não foram incluídas no levantamento das saídas algumas notas fiscais, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 303 e 363.

Diante disso, a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, o processo foi baixado em diligência para revisão fiscal, trabalho esse, que foi realizado pela própria autuante, que confirmou as alegações defensivas, e procedeu as devidas alterações no levantamento quantitativo, resultando na diminuição do débito para os valores de R\$124,64 e R\$320,23, para os exercícios de 2006 e 2007, respectivamente, conforme levantamentos e demonstrativos às fls.437 a 481.

Considerando que o patrono do autuado foi cientificado desse resultado e não o impugnou, este item subsiste em parte nos valores citados.

Quanto aos erros na informação do arquivo magnético, cumpre observar que de acordo com o art. 708-B, do RICMS/97: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. 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.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Portanto, no presente caso, não há como prosperar a pretensão da autuante no sentido da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, pois, conforme dispositivo legal acima transcrito, antes de aplicar a multa o contribuinte deve ser intimado, nos prazos acima, para apresentação do arquivo, e se for entregue com inconsistências, deve ser expedida nova intimação para corrigir o arquivo magnético, o que não ocorreu.

#### Infração 02

Trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória concernente à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2006 e 2007, sendo aplicada multa no valor de : sobre o valor das operações, conforme demonstrativo às fls.145 a 14

De acordo com o levantamento fiscal houve a falta de lançamento das notas fiscais nº 732.117 e 907.172, sendo aplicado multa nos valores de R\$ 3.134,09 e R\$ 1.552,32, respectivamente. O autuado alegou que não localizou a primeira nota fiscal, pois o número correto é 432.117, sendo acatado pela autuante tal alegação.

Quanto a NF 907.172, foi acostada ao processo a cópia do Livro Registro de Entradas, fl.380, para comprovar que a mesma foi devidamente escriturada, no que foi rechaçado pela autuante com base no entendimento de que não foi apresentada a cópia da nota fiscal para conferência dos dados.

Examinando a cópia do LRE à fl.380, verifico que realmente dita nota fiscal encontra-se lançada, e apesar de não ter sido apresentada uma cópia da mesma, trata-se do mesmo documento fiscal, pois o número, a data e o valor correspondem exatamente com o que consta no demonstrativo à fl.146, ou seja: 907.172; 14/11/2007; e R\$ 15.523,20, respectivamente.

Nestas circunstâncias, este item da autuação é totalmente improcedente.

#### Infração 03

Neste item foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme documentos às fls.152 a 158.

A obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - isenção;*

*II - não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*

Já o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe “*No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II*”.

Na peça defensiva o autuado deixou claro o seu perfeito conhecimento de sua obrigação quanto à exigência da obrigação de antecipar o ICMS devido nas operações de mercadorias oriundas de outros Estados, não nega o cometimento da infração, tendo apenas alegado que: a) não foi considerado o crédito fiscal relativo à Nota Fiscal nº 417.389; b) foi consignada a Nota Fiscal nº 421.451 no mês de janeiro de 2006, quanto houve o recolhimento da antecipação parcial no mês de dezembro de 2005.

Quanto a primeira alegação, a autuante confirmou assistir razão ao defendente, refez o cálculo do débito da referida nota fiscal, passando o débito a antecipar o valor de R\$ 127,06. No que tange ao segundo argumento defensivo, ou seja, com relação à incorreção da constatação de que a NF 421.451, incluída no Demonstrativo do exercício de 2006, a autuante

defensiva, transferindo-a para o mês de dezembro de 2005.

A autuante, na informação fiscal, refez o levantamento fiscal deste item, conforme demonstrativos às fls.388 a 394, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$21.827,33, e o autuado foi cientificado e não impugnou tal conclusão.

Apesar disso, cumpre observar, em atenção à legalidade do lançamento tributário, o que segue.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II.*"

Portanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de outubro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de 28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Pelo que foi comentado acima, a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea "d", do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era "d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;"; e portanto, não contemplava a hipótese de "antecipação parcial".

Desta forma, por falta de previsão legal, não é devida a aplicação da multa na data dos fatos geradores ocorridos nos meses de outubro a dezembro de 2005, e janeiro a dezembro de 2006, o que torna insubsistente a aplicação da multa objeto deste item da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 444,87.

#### COMPARATIVO DO DÉBITO

INFRAÇÃO	VALORES INICIAIS	APÓS O JULGAMENTO
1	13.252,13	444,87
2	4.686,40	0,00
3	21.979,90	0,00
TOTAL	39.918,43,	444,87

#### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
31/12/2006	09/01/2007	9.514,41	17,00	70	124,64	1
31/12/2007	09/01/2008	4.928,76	17,00	70	320,23	1
TOTAL						.. ..

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207668.0003/09-7, lavrado contra **MELITTA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$444,87**, acrescido da multa de 70%, previstas no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR