

A. I. Nº - 110427.0060/09-4
AUTUADO - MUCIBABY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 29.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0371-05/10

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. REMESSAS DE MERCADORIAS EM DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE RETORNO. Itens nulos. Cerceamento ao direito de defesa. Forma de apuração do imposto que impossibilitou a revisão do procedimento fiscal pelo autuado. Vício insanável. 4. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imputação parcialmente nula (item 4) e improcedente (item 9). 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. Infrações não contestadas pelo sujeito passivo. 6. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acolhido o argumento defensivo de que o ICMS foi recolhido na saída subsequente da mercadoria produzida. Alegação defensiva sem sustentação em prova documental. Infração mantida. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado nos autos se tratar de remessa de veículo em devolução. Operação de remessa não tributável – imposto próprio e ICMS-ST. Fato reconhecido pelo autuante. Item improcedente. 8. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS; b) OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Infração elidida pelo sujeito passivo que comprovou que o imposto foi exigido pelo regime normal de tributação quando a empresa se encontrava inscrita no Simples Nacional. Itens nulos. Não acolhida a preliminar de incompetência do auditor fiscal para lavrar o Auto de Infração de empresas inscritas no Simples Nacional. Matéria sub judice no STF, em ação direta de controle de constitucionalidade. Deslocada a discussão da matéria para a esfera judicial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/06/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$39.360,96, em decorrência das imputações abaixo descritas:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para o Estado. Refere-se a diferenças apuradas nas saídas de café demonstrativo constante do Anexo I. Ocorrência verificada nos 1

e dez de 2004; jan e abr de 2006, ago, set e nov de 2006; fev a dez de 2007. Valor do ICMS: R\$ 5.397,42.

2. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentare(s), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Refere-se à diferença apurada por meio de levantamento fiscal das remessas e retorno de café torrado/moído, remetido para venda fora do estabelecimento, conforme demonstrativo constante do Anexo II. Fato verificado no mês de novembro de 2005. Valor do ICMS: R\$ 1.896,82.
3. Deixou de recolher ICMS em decorrência das remessas internas de bens para demonstração, sem o devido retorno. Refere-se à remessa de café torrado/moído em consignação, sem retorno do produto, nem emissão da respectiva nota fiscal de venda da mercadoria, conforme demonstrativo constante do Anexo III. Fato gerador verificado no mês de setembro de 2004. Valor do ICMS: R\$ 105,73.
4. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às saídas de café torrado/moído em operações realizadas fora do estabelecimento, sem a devida tributação, conforme demonstrativo constante do Anexo IV. Ocorrência verificada nos meses de setembro de 2004 e novembro de 2005. Valor do ICMS: R\$ 200,25.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Refere-se à falta de recolhimento, por não haver o contribuinte debitado o imposto na coluna “OUTROS DÉBITOS” do Livro Registro de Apuração do ICMS, nem recolhido em DAE específico, nos termos da legislação pertinente à matéria, conforme demonstrativo constante do Anexo V. Ocorrência verificada no mês de setembro de 2005. Valor do ICMS: R\$ 225,00.
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento. Refere-se à falta de recolhimento, por não haver o contribuinte debitado o imposto na coluna “OUTROS DÉBITOS” do Livro Registro de Apuração, nos termos da legislação pertinente à matéria, nem haver recolhido em DAE específico, conforme demonstrativo, constante do Anexo VI. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, maio e novembro de 2004. Valor do ICMS: R\$ 481,48.
7. Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário. Refere-se à aquisição de café cru a produtor rural do Estado de Minas gerais, através da Nota Fiscal de Entrada nº 305, de 19/03/2004, conforme demonstrativo constante do Anexo VII. Fato verificado no mês de março de 2004. Valor do ICMS: R\$ 2.625,00.
8. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a café torrado/moído supostamente devolvido, decorrente de industrialização por conta de terceiro, sem, contudo, haver o contribuinte comprovado o ingresso da matéria-prima no estabelecimento, ficando caracterizada saída tributada como não tributada, conforme demonstrativo constante do Anexo VIII. Fato gerador ocorrido em maio de 2004. ICMS no valor de R\$ 1.372,31.
9. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se à nota fiscal nº 457, de retorno de café torrado/moído supostamente recebido para industrialização ; contudo, haver o contribuinte comprovado o ingresso da maté

conforme consta do Anexo IX. Ocorrência verificada no mês de maio de 2004. Valor do ICMS: R\$ 137,23.

10. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a café torrado/moído sem tributação, conforme demonstrativo constante do Anexo X. Fato verificado nos meses de ago/04 e set a dez de 2007. Valor do imposto lançado: R\$ 17.638,18.
11. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentare(s), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Refere-se às notas fiscais de saída nº 2027 a 2032, não escrituradas no livro Registro de Saídas, conforme Demonstrativo de Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais anexo. Ocorrência: mês de julho de 2007. Valor do ICMS: R\$ 203,79.
12. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentare(s), referente às operações escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Refere-se ao ICMS Regime Normal dos meses de maio, agosto, setembro e novembro de 2007, conforme livro Registro de Apuração e Demonstrativo de Auditoria da Conta Corrente Fiscal, anexo. Valor do ICMS: R\$ 9.077,75.

O contribuinte apresentou defesa, anexada à fls. 63 a 71 do PAF. Preliminarmente, alega que no período compreendido entre julho a dezembro do ano de 2007 encontrava-se sob o regime de apuração do ICMS previsto na Lei Complementar nº 123/06, que criou o Simples Nacional e que as supostas infrações elencadas no auto de infração, referente a este período, são inexistentes, posto que sem lastro em legislação do ICMS, cujos destinatários das normas são as empresas do regime normal de apuração. Inobstante o regime legalmente adotado pela autuada, afirma a defesa que o digno Auditor fiscal procedeu a roteiros de fiscalização que não se aplicam aos contribuintes optantes do regime simplificado e lavrou Auto de Infração/Termo de Encerramento, para exigência de ICMS relacionado ao regime normal de apuração.

Transcreveu na peça de defesa regras emanadas do Comitê Gestor do Simples Nacional, contidas na Resolução CGSN 30/06, que balizam a exigência de tributos alcançados pelo Simples Nacional, dentre elas as formalidades necessárias para procedimento de lançamento de ofício.

Sustenta que os procedimentos adotados pelo auditor não atenderam ao quanto determina a Resolução citada, tanto no que se refere aos documentos utilizados para o lançamento de ofício, quanto em relação aos dispositivos legais ditos infringidos e aqueles referentes à aplicação de multas, visto que alicerçada em regras de Auditoria destinadas a contribuintes optantes do regime normal de apuração do ICMS.

Transcreveu na peça defensiva fragmentos da decisão exarada pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, lavrada nos seguintes termos:

*O presente levantamento teria que ser efetuado apenas no período de 01 de janeiro de 2007 a 30 de junho de 2007, fato este não ocorrido, o que ocasiona nulidade, uma vez **que empresas enquadradas ao simples deverão contar com regras específicas de fiscalização.** Ante ao exposto voto acatando a preliminar de nulidade do lançamento, em razão do ingresso do sujeito passivo ao sistema de tributação do Simples Nacional, argüida pelo Presidente, e julgo extinto o processo sem julgamento de mérito (grifo nosso).*

Fragmento do Acórdão 899/2008, publicado no sitio da internet http://www.sefaz.to.gov.br/Cat/Num_Acordaos.php?num_acordao=899&ano=2008&Recorrente

Pediu a exclusão de todos os débitos constantes da autuação, referente aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2007, com a conseqüente decretação de nulidade dos mesmos, conforme abaixo:

Infração 1: no período de julho a dezembro de 2007: R\$2.814,37;

Infração 10: no período de agosto a dezembro de 2007: R\$17.636,18;

Infração 11: no mês de julho de 2007: R\$203,79;

Infração 12: no período de agosto a novembro de 2007: R\$9.077,75.

No mérito, contesta a maior parte dos itens do Auto de Infração, em relação ao período em que a empresa estava sob regime normal de apuração do imposto.

No tocante à infração 1, que aponta o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária nas saídas para este Estado, aduz a defesa que o autuante junta demonstrativo, onde diz esclarecer a imputação. No entanto, a defendente alega que o citado demonstrativo afronta o princípio da ampla defesa, posto que o resultado ali espelhado refere-se a diversas notas fiscais que não foram devidamente discriminadas, com a indicação das diferenças existentes em cada documento fiscal e o montante devido, impedindo, assim a análise detida da imputação, posto que cada nota fiscal registra os valores da venda e da retenção. Para que se confirme a existência ou não as diferenças apontadas, o contribuinte afirma que seria necessária a elaboração de demonstrativo por nota fiscal, já que o talonário modelo 1, é utilizado para diversas operações, envolvendo: vendas, remessas para vendas em veículos, remessa em consignação, entradas de mercadorias, devoluções e outras operações, tornando-se impossível se precisar em quais notas encontram-se as diferenças apontadas pelo autuante.

Pede a decretação de nulidade da exigência tributária descrita na infração 1 por cerceamento ao direito de defesa.

Para as infrações 2 e 3, aponta os mesmos vícios contidos na infração 1, posto que, a primeira cuida de exigir tributos sobre a remessa e retorno de café moído para venda fora do estabelecimento, sem indicação dos documentos fiscais e demonstrativos com a discriminação do quantitativo de estoques movimentados. Enquanto a segunda infração traz a acusação de ausência de retorno de bens remetidos para demonstração sem indicar as notas fiscais que foram emitidas para tal fim. Requer também a decretação de nulidade dos citados itens.

No que se refere à infração 4, que contém a acusação de que a empresa não procedeu à retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado, afirma que, neste caso, as notas fiscais foram relacionadas no anexo o que possibilitou a defendente analisar a imputação e verificar que os débitos relativos às notas fiscais nºs 1778, 1085 e 1086 foram devidamente recolhidos, como prova o DAE anexado na peça defensiva, requerendo a este CONSEF a exclusão dos valores efetivamente pagos.

No tocante às infrações 5 e 6 não há manifestação expressa de discordância por parte da defendente.

Para a infração 7, que traz a exigência de ICMS em face da falta de recolhimento do tributo na condição de responsável solidário, argumenta que o fato apontado ocorreu em março/2004, e que as mercadorias adquiridas foram objeto de industrialização e posterior comercialização, regularmente emitidos os documentos fiscais correspondentes e recolhido o imposto devido. Alega a defesa que as mercadorias não mais se encontram no estoque da empresa e que a exigência do recolhimento constitui evidente tributação em duplicidade, posto que, ainda que não recolhido o ICMS na fase de aquisição, foi o tributo recolhido posteriormente, não se podendo falar mais em nova exigência fiscal. Alega ainda, que o diferimento aplicável as remessas de café cru posterga o recolhimento para do imposto para fase posterior, justamente para desonerar o contribuinte e evitar a ocorrência de tributação em duplicidade. Diante do exposto, requereu a exclusão da exigência tributária imposta para que se evite a tributação dúplice, vez que o ICMS correspondente já teria sido recolhido quando da comercialização do produto final.

No tocante à infração 08, com a exigência de ICMS por suposta devolução de café moído e torrado, decorrente de industrialização por conta de terceiro, alega a defesa que a imputação carece de provas. Discorre que a nota fiscal informada no demonstrativo anexado pelo autuante, de número 457, não se refere a café industrializado. Trata de devolução simbólica à Indiana Veículos, empresa que não cuida de produção, processamento ou c
opera no ramo de compra e venda de automóveis e peças, sendo
Sustenta o contribuinte que alegação de que a devolução se refe

conta e ordem de terceiros, não procede e que o próprio código fiscal da operação, nº 5919, indica devolução simbólica enquanto que a devolução de mercadorias remetidas para industrialização tem o CFOP 5925. Anexa aos autos cópia da nota fiscal e do Livro de Saídas. Para a infração 09, que aponta falta de retenção do ICMS devido por conta da operação apontada na infração 08, por guardarem correspondência, a defendente requerer, também, a decretação da sua completa improcedência.

Na infração 10, que aponta falta de recolhimento de ICMS sob a acusação de registro de operações tributáveis como não tributáveis, afirma que o fato gerador verificado em 31/08/2004, refere-se à remessa sob o Código Fiscal de Operação 5904 – Remessa para venda em veículos, operação não tributada pelo ICMS, visto que nesta situação não existe comercialização ou tradição de propriedade da mercadoria, sendo, esta parte da infração completamente insubsistente. As demais imputações (meses de set a dez de 2007), se referem a período em que a empresa encontrava-se sob o regime tributário da LC 123/06, e devem, no entendimento da defesa, ser decretadas nulas, conforme pedido já formulado anteriormente.

Para as infrações 11 e 12, a defesa sustenta que as referidas exigências fiscais são incompatíveis com o regime ao qual o contribuinte estava submetido à época (Simples Nacional), que não previam a obrigatoriedade de escrituração dos Livros de Saídas e de Apuração de ICMS, na forma de conta corrente fiscal. Reitera o pedido de nulidade das referidas imputações, posto que referentes ao período em que a empresa estava sob o regime do Simples Nacional.

Juntou documentos às fls. 72/74 e conclui a inicial pedindo que seja decretada a Nulidade das exigências tributárias referentes ao período em que a defendente encontrava-se sob o regime do Simples Nacional, e que se decrete a IMPROCEDÊNCIA dos demais itens impugnados.

O autuante prestou informação fiscal que foi apensada às fls. 78 a 83 do PAF.

Após fazer uma síntese das alegações defensivas, contesta a defesa no que se refere à alegação de incompatibilidade entre o regime de apuração do imposto adotado no período de 01/07/2007 e 31/12/07. Afirma que teve o cuidado de ao iniciar a ação fiscal, verificar e analisar o cadastro e a situação fiscal do autuado (fls. 14/18), onde constatou que, apesar de o estabelecimento ter sido enquadrado na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), optou pela forma de apuração do imposto mediante “Conta Corrente Fiscal”. Fez também referência ao relatório juntado à fl. 14 (Dados Cadastrais), onde não é consignada a data de opção do contribuinte pelo Simples Nacional. Robustecendo esta condição, verificou no extrato de recolhimentos do imposto emitido pela DARC/GEIEF, de fl. 22, que consta apenas um recolhimento do ICMS na forma de Simples Nacional, relativo ao mês de julho/2007, não existindo mais qualquer outra parcela de pagamento do imposto, seja por este regime (Simples Nacional), seja pelo regime normal de apuração. Assim, conclui que o contribuinte entendeu ter migrado automaticamente para o Simples Nacional (o que não ocorreu), havendo recolhido o imposto pelo referido regime no primeiro mês (julho/2007). Descoberto o engano posteriormente, não mais recolheu o imposto sob qualquer dos dois regimes. Ademais, não acostou na peça de defesa, qualquer prova de que tenha optado pelo Simples Nacional. Declara mais à frente que ao verificar o livro Registro de Apuração do estabelecimento, às fls. 45/50, constatou que a partir de julho/2007, o imposto foi apurado pelo Regime Normal, numa clara demonstração de que era esta a forma de pagamento adotada, omitindo a escrituração das colunas base de cálculo e débito do imposto nos meses de outubro, novembro e dezembro/2007, não sabendo precisar qual a razão para a prática pelo contribuinte de tal procedimento.

No mérito, ao analisar a infração 1, sustenta que a defendente pretende é procrastinar o andamento do processo fiscal, mediante as alegações de cerceamento do direito de defesa. Aduz o autuante que a obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do imposto sobre os produtos comercializados (café torrado e moído) está contida no artigo 353, pelo Decreto nº 6.284/97, sendo o autuado, o responsável pelo pagar de sujeito passivo por substituição. Esclarece que as Notas Fiscais

sujeitas à retenção e ao recolhimento do imposto, foram examinadas cuidadosamente, e estão devidamente arroladas no demonstrativo constante do ANEXO I (fls. 29/30), todas escrituradas regularmente no livro Registro de Saídas do contribuinte. Assim, seria desnecessário, segundo o autuante, discriminar nota a nota, haja vista o mencionado demonstrativo conter todos os dados relativos aos documentos e as operações efetuadas, que serviram de base para sua elaboração, onde constam os números das notas fiscais, o CFOP, os totais das saídas, a redução da base de cálculo, a MVA aplicável, a base de cálculo para fins de substituição do imposto, o valor do débito do imposto, o valor do crédito fiscal, o valor do imposto substituído a recolher, o imposto recolhido e a diferença apurada. Diante dessa situação, afirma ser elementar se proceder à revisão dos cálculos do imposto devido.

Argumenta ainda, que o autuado não efetuou o pagamento do imposto por documento emitido, e sim, pelos totais das operações realizadas, o fazendo a menor do que o devido ou ficando omissos de pagamento, sendo que os valores podem ser confirmados nas relações de DAE's constantes das fls. 19/22 do presente processo.

Mantém sem alteração a exigência fiscal que integra o item 1 do Auto de Infração.

Para as infrações 2 e 3 sustenta que os levantamentos elaborados pelo autuante, tanto da infração 2, quanto da infração 3, constam dos ANEXOS II e III do presente processo: No ANEXO II estão discriminadas as remessas para veículos, sem débito do imposto, bem como os retornos de parte das referidas remessas; obtendo-se, por diferença, as vendas efetivadas fora do estabelecimento que, obviamente, deveriam coincidir com os totais das vendas realizadas nesse tipo de operação. Para este tipo de operação o contribuinte utilizou-se dos CFOP 5.904 – Remessas; e CFOP 1.904 – Retornos, cujos elementos constam dos livros Registro de Saídas e Registro de Entradas de Mercadorias do estabelecimento, sintetizados no livro Registro de Apuração, conforme comprova à fl. 43, relativa ao mês de novembro/2005, período em que se detectou a diferença. O ANEXO III, por sua vez, cuida de Remessa de Mercadoria em Consignação, onde também constam os valores das remessas, cujos retornos ou vendas dos produtos não foram comprovados pelo contribuinte. Assim, estando, segundo o autuante, as operações devidamente demonstradas nos respectivos ANEXOS, com dados extraídos da escrita fiscal do defendente, seria desnecessário discriminar as notas fiscais que originaram referidos lançamentos, pois a escrituração fiscal aponta as diferenças autuadas.

Na infração 04 informa o contribuinte que o imposto lançado foi devidamente recolhido, anexando cópia de um DAE no valor de R\$ 63,48 (fl. 72). Discorre o autuante que o valor do imposto referente a esta infração é de R\$ 189,68, conforme demonstrado no ANEXO IV. Por outro lado, não teria observado o autuado, que o valor do recolhimento de R\$ 63,48 foi devidamente considerado pelo autuante no demonstrativo constante do ANEXO I, relativo ao ICMS/Substituição das saídas regularmente registradas na escrita fiscal, na linha correspondente ao mês nov/2005, conforme à fl. 30 do presente processo. Desta forma, persiste a diferença apurada, razão por que mantém o autuante a cobrança imputada.

Para a infração 07 discorre o autuante que o instituto do diferimento para café cru está previsto no artigo 343, inciso XI, combinado com o artigo 482, do RICMS/Ba. Em seguida pondera que o benefício do diferimento é concedido nas sucessivas saídas do produto, dentro do Estado, e não nas entradas oriundas de outras Unidades da Federação. Neste último caso, sendo a mercadoria adquirida de pessoa não inscrita, o imposto teria de ser recolhido no momento da emissão da nota fiscal de entrada, nos termos do artigo 128 do RICMS/Ba, o que não ocorreu. Por outro lado, apesar das alegações do autuado de que o imposto teria sido pago quando da saída do produto industrializado, afirma inexistir nos autos qualquer prova neste sentido. Diante de tal situação sustenta que o fato gerador da obrigação tributária se verificou no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento da defendente, razão pela qual mantém o autuante inalterada a exigência fiscal.

No tocante às infrações 8 e 9, o autuante reconhece caber razão à defesa. O preposto do fisco intimou o destinatário do produto para apresentar a primeira via do documento fiscal, visto que a cópia entregue na ação fiscal não encontrava perfeitamente legível, tendo constado tratar-se de um veículo Ford Ka, recebido em consignação pelo autuado, através da Nota Fiscal nº 13.628 (e não 13.828 como consta da Nota Fiscal de devolução) e devolvido posteriormente, não gerando assim imposto a recolher, próprio e por substituição. Concorda estes itens sejam excluídos do lançamento.

Infração 10 – Quanto ao fato gerador de 31/08/2004, o autuante afirma não se tratar de remessa para venda em veículo, mas de venda de produção do estabelecimento. Declarou que ao elaborar o demonstrativo constante do ANEXO X, por lapso informou o CFOP 5.904, enquanto que o correto seria o CFOP 5.401 – “*Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto*”. Esclarece que esta afirmação pode ser comprovada no livro Registro de Saídas do contribuinte, bem como no seu livro Registro de Apuração – mês agosto/2004, à fl. 42 do presente processo, onde consta o CFOP 5.401, com registro no valor de R\$ 12.205,92, devidamente transcrito para a linha 1 do ANEXO X (fl. 38). Assim, sustenta o autuante que a operação é tributável pelo ICMS.

Com relação às demais imputações, nesta infração, relativas aos meses de setembro a dezembro/2007, o assunto já teria sido esclarecido nas contrarrazões da infração 1, haja vista que, apesar da empresa ter sido enquadrada como EPP (Empresa de Pequeno Porte), manteve a forma de apuração do imposto mediante Conta Corrente Fiscal, tendo como prova inconteste a ausência de qualquer recolhimento pelo Simples Nacional no período de agosto a dezembro/2007. Infração foi totalmente mantida pela autoridade fiscal.

No que se refere às infrações 11 e 12, a alegação da defendente de que todas duas cobranças eram incompatíveis com o regime ao qual a empresa estava submetida à época – Simples Nacional, é refutada pelo autuante, se valendo dos mesmos argumentos expendidos anteriormente, ou seja, a empresa apesar de enquadrada como EPP (pequeno porte) optou pela forma de apuração do imposto via conta corrente fiscal. No tocante à infração 12 informou, nesta ocasião, ter juntado o demonstrativo da conta corrente fiscal, que por lapso, não foi anexado no Auto de Infração.

Ao finalizar, o autuante formulou pedido pela procedência da autuação.

Distribuído o processo para a 5ª JF, foi o mesmo remetido em diligência fiscal à Inspetoria de origem, visando à correção dos seguintes procedimentos:

No tocante às infrações 10 e 12, a autoridade fiscal promoveu, na peça informativa, esclarecimentos que fazem necessário re-estabelecer o contraditório, princípio norteador do processo administrativo fiscal.

Assim, no item 10, que contém a acusação de ICMS não recolhido relativo a operações tributáveis registradas como não tributadas, o autuante declarou que ao elaborar o Demonstrativo constante do Anexo X do Auto, por lapso, informou o CFOP 5.904 (remessa para vendas em veículos), enquanto que o correto seria o CFOP 5.401 (venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária), sendo, portanto, operação tributável pelo ICMS. Afirmou ainda que os dados foram extraídos dos livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS do contribuinte – fato gerador do mês de agosto/2004, no valor de R\$ 12.205,92.

Quanto à infração 12 - que apresenta a imputação de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios -, o autuante, por sua vez, declara que os valores autuados decorreram de apuração da conta corrente fiscal e foram transpostos para o correspondente Demonstrativo, juntado ao PAF somente por ocasião da informação fiscal.

Diante do acima exposto, para que se evite a possibilidade de alegação de nulidades por cerceamento de defesa e ofensa aos princípios e contraditório e do devido processo legal, deve o PAF retornar à INFAZ de origem para que esta repartição providencie intimar novamente o contribuinte, com a entrega do inteiro teor da “Informação Fiscal” e documentos / demonstrativos acostados, reabrindo o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Em atendimento às determinações da 5ª JF o contribuinte foi intimado, com a entrega da documentação apensada na informação fiscal e reabertura do prazo de defesa, conforme atesta o Termo de Intimação (doc. fl. 95).

O contribuinte atravessou nova petição nos autos (fls. 99 a 101), para contraditar as alegações do autuante expostas na Informação Fiscal.

Disse que diante da argumentação expendida pelo autuante, o mesmo confirma a condição cadastral da atuante, no “status” de empresa optante do Simples Nacional. Reafirma, que a empresa, no período de julho a dezembro de 2007 estava enquadrada no Simples Nacional, e para que não paire nenhuma dúvida junta recibo de entrega da Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), e os respectivos extratos (docs. fls. 102 a 114). Alega que tais documentos têm data de transmissão (04/08/2008) anterior à ação fiscal (20/06/2009), demonstrando de forma cristalina o que foi afirmado na defesa, ou seja, que a empresa encontrava-se sob o regime do Simples Nacional no período de julho a dezembro de 2007, portanto não poderia ser submetida a procedimentos de fiscalização que somente se aplicariam às empresas inscritas no regime normal de apuração do ICMS.

Em seguida, a defesa sustenta que o autuante, na condição de Auditor Fiscal, passou, por força da Lei nº 11.470, a não mais deter competência para fiscalizar os estabelecimentos optantes pelo regime do Simples Nacional, deslocando-se esta competência para os Agentes de Tributos Estaduais. Transcreveu na petição as disposições da referida lei.

No que se refere ao mérito da infração 1, disse que a informação prestada pelo autuante, confunde ainda mais o processo, visto que no demonstrativo do Auto de Infração estão incluídos os seguintes CFOPs: 5.101 (Venda de Produção do Estabelecimento), 5.904 (Remessa P/Venda Fora do Estabelecimento), 5.910 (Remessa em Bonificação, Doação ou Brinde) e 5.401 (Venda De Prod.Estabelec. C/ Substituição Tributária), e apenas esta última, refere-se a operações de saídas com substituição tributária. Afirma que o autuante, além de exigir tributos de todas as CFOPs., não identificou os documentos fiscais, incluiu remessa para veículos, remessa em bonificação, enfim, um “pacotão”. Quanto às infrações 2 e 3 nem mesmo o número das notas fiscais foram indicadas.

Mantém todas as alegações contidas na defesa inicial e requer seja dado o competente decisório em favor da autuada.

O autuante, em nova Informação Fiscal pondera que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 92), a fim de que o contribuinte fosse intimado pelas INFAZ/Itabuna, a tomar conhecimento da informação fiscal produzida pelo autuante, com a entrega do seu inteiro teor e respectivos documentos/demonstrativos acostados, a fim de re-estabelecer o princípio do contraditório, no tocante às infrações 10 e 12, reabrindo o prazo de defesa em trinta dias.

Cumprida a diligência, o autuado apresentou manifestação às fls. 98/101, juntando cópia da Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e dos extratos do Simples Nacional, do período de julho/2007 a dezembro/2007, para tentar comprovar a sua opção pelo Simples Nacional. Aduziu ainda que, estando enquadrada no referido regime, não poderia ser fiscalizada por Auditor Fiscal, em face do advento da Lei Estadual nº 11.470/2009.

O autuante esclarece, como já dito anteriormente, que, embora o autuado tenha requerido enquadramento para atuar como Empresa de Pequeno Porte (EPP), optou pelo regime de apuração do imposto na forma de Conta Corrente Fiscal, nos termos do artigo 116, combinado com o artigo 118-A do Regulamento do ICMS, conforme consta da sua ficha de “Dados Cadastrais” (fl. 14).

Quanto à alegação de incompetência do autuante para fiscalizar o estabelecimento frisa que a ação fiscal foi concluída em 26/06/2009, abrangendo o período de 01 que a vigência da Lei nº 11.470/99 foi a partir de 1º de julho/20 período fiscalizado, sendo, portanto, inócua a alegação do autuado.

Ratificou ao final todos os termos da informação fiscal prestada às fls. 78/83 do PAF.

VOTO

Inicialmente, importa destacar que o contribuinte não contestou de forma expressa as infrações 5 e 6, que correspondem, respectivamente, à cobrança de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e para uso ou consumo do estabelecimento. A não impugnação deve ser tomada como reconhecimento tácito da procedência das exigências fiscais atinentes a estes dois itens do Auto de Infração. Nos termos das disposições contidas nos arts. 142 e 143, do RPAF/99, *“A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”* e, *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*. Pelas razões expostas declaro a procedência dos itens 5 e 6 do lançamento.

O autuante, por sua vez, reconheceu de plano, na informação fiscal, a improcedência dos itens 8 e 9, visto que a operação objeto do lançamento se referia à devolução de um veículo da marca FORD, à concessionária revendedora, através da Nota Fiscal nº 457, fato que não tem nenhuma relação com a acusação estampada no Auto de Infração, que faz referência às remessas e retornos de café moído ou torrado decorrente de industrialização por conta de terceiro, em operação tributada, declarada como não tributada (item 8), e o correspondente ICMS-ST (item 9). Em vista da flagrante discrepância entre a acusação fiscal e o fato efetivamente ocorrido na realidade concreta, impõe-se a declaração de improcedência total dos itens em exame.

Passo, agora, a enfrentar as preliminares de nulidade do Auto de Infração suscitadas pela defesa.

No tocante à questão atinente ao regime simplificado de apuração do imposto, assiste razão em parte ao autuado. Isso no tocante às infrações 10 (fatos geradores de set a dez de 2007) e infrações 11 e 12. Isto porque nestes meses o contribuinte efetivamente se encontrava cadastrado na SEFAZ-Ba, no regime simplificado de apuração (Simples Nacional), vindo somente a ser excluído dessa sistemática em 01/01/08. Este fato pode ser atestado por meio de consulta às informações cadastrais do sujeito passivo, disponíveis nos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda (INC – informações do contribuinte), acessíveis aos auditores fiscais, revelando que no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, a empresa autuada efetivamente exerceu a opção de enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Percebe-se que o autuante aplicou o regime tributário do ICMS o qual se encontrava inscrito o contribuinte no momento ação fiscal, encerrada em 26/06/2009, - o de EPP (empresa de pequeno porte, com apuração do ICMS via conta corrente fiscal), e não aquele vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Importante destacar que a lavratura de Autos de Infração ou atos de lançamento de ofício, na sistemática de apuração do Simples, ainda se encontra pendente de regulamentação, por meio de Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional, exatamente porque este Regime abarca impostos das três esferas de competência (federal, estadual e municipal), além da contribuição previdenciária para o INSS.

Não acolho, todavia, esta preliminar, atinente ao regime simplificado, no tocante à infração 1, visto que a legislação exclui expressamente do tratamento dispensado pelo Simples Nacional ao imposto apurado regime da S.T, com encerramento da tributação nas fases subsequentes de circulação da mercadoria. Assim dispõe o RICMS/Ba, no seu art. 386, inciso I.

No que se refere à preliminar de nulidade, por cerceamento de de itens 1, 2 e 3, visto que as eventuais diferenças de imposto teriam q se o cálculo do tributo, nota a nota, o tipo de operação (se sujeito o

da ST); a diferença aritmética quantitativa entre as remessas para a venda em veículo e os retornos de mercadorias. Diante da forma como os demonstrativos inseridos às fls. 29 a 32, foram elaborados, tomando por base totalizações de diversas notas fiscais de saídas, torna-se difícil ou mesmo impossível revisar o procedimento fiscal, a fim de certificar se os cálculos efetuados espelham algum valor efetivamente devido pelo contribuinte, visto que, além de englobar vários documentos fiscais, abarca operações de natureza diversa, envolvendo vendas de produção própria do estabelecimento; remessas para venda fora do estabelecimento (não tributadas); remessas em bonificação, doação ou brinde; vendas de produção do estabelecimento com substituição tributária etc. Nem mesmo uma amostragem de notas fiscais com o detalhamento dos cálculos foi anexada pelo autuante no PAF. Fica patente que a auditoria fiscal tomou por base tão-somente os lançamentos escriturais, não identificando se nos documentos fiscais havia, por exemplo, descontos, cancelamentos, devoluções, o tipo de mercadoria comercializada etc. Observo, nos autos, às fls. 53 a 57, que o autuado comercializa produtos diversos, a exemplo de Mucibaby Arroz e Mucibaby Milho, e a acusação fiscal imputa ao contribuinte omissões de pagamento de impostos em relação às operações com café torrado/moído, sem, todavia fazer o detalhamento, por nota, das apurações fiscais. Há, portanto, no caso, uma evidente insegurança da acusação, uma imprecisão na formação da base de cálculo e o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, situações enquadráveis nas nulidades previstas no art. 18, incs. II e IV, “a”, do RPAF/99.

Na infração 4, também voto pela nulidade da exigência, para o fato gerador verificado em novembro de 2005, no importe de R\$ 189,68. É imputada ao contribuinte, neste item, a infração de falta de retenção do ICMS-ST e o consequente recolhimento do tributo. Esta infração tem por lastro probatório o demonstrativo inserido à fl. 33 dos autos, com apuração do imposto por documento fiscal, sem qualquer dedução de recolhimentos espontâneos. Ocorre que na fase de informações prestadas pelo autuante, foi esclarecido que a cobrança de ICMS em questão, resultou da dedução de recolhimento feito pelo contribuinte, no DAE inserido à fl. 72 do PAF, que abarca as notas fiscais que compõem o lançamento (Notas fiscais nºs 1078, 1085 e 1086), e outras notas fiscais ali listadas, para a ocorrência verificada em Nov/2005, recolhimento este acolhido no ANEXO I do Auto de Infração.

Há duas incongruências. Primeira: a acusação está errada. Transparece pela informação do autuante que houve recolhimento a menor em relação às Notas Fiscais nºs 1078, 1085 e 1086 e não falta de retenção e pagamento do ICMS-ST. Alterar o lançamento importaria em mudar o fulcro da acusação fiscal. Segunda: o DAE onde é informado o recolhimento abarca diversas notas fiscais, não havendo no Demonstrativo da Infração 4, que parcelas recolhidas correspondem às notas fiscais autuadas. Diante dessas omissões e imprecisões, não passíveis de saneamento, decreto a nulidade parcial do item 4 do Auto de Infração, mantendo apenas o ICMS referente ao fato gerador verificado em 30/09/2004, no valor de R\$ 10,57.

Na infração 7 mantenho a exigência fiscal, acolhendo os argumentos expendidos pelo autuante. Isto porque, sendo a mercadoria (café cru) adquirida de pessoa não inscrita, localizada em outra unidade da Federação, o imposto teria de ser recolhido no momento da emissão da nota fiscal de entrada, nos termos do artigo 128 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o que não ocorreu. Inexiste para esta situação o regime de diferimento do ICMS, por se tratar de operação de compra junto a não inscrito em outro Estado. Por outro lado, apesar das alegações do autuado, de que o imposto teria sido pago quando da saída do produto industrializado, inexiste nos autos qualquer prova neste sentido. Diante de tal situação o fato gerador da obrigação tributária se verificou no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento do defendente, razão pela qual mantenho a exigência fiscal, visto que não comprovado materialmente que o produto foi transformado e posteriormente vendido pela empresa. Quem modifica a forma de apuração do imposto incorre no ônus de provar o cumprimento da obrigação tributária, o que não foi produzido nos autos. O autuado ficou no campo das meras alegações, não tendo sido procedente, no valor de R\$ 2.625,00.

Por fim, no que tange à alegação de incompetência do auditor fiscal para lavrar Auto de Infração perante contribuinte inscrito no Simples Nacional, deixo de apreciar a questão, visto que a mesma se encontra “*sub judice*”, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, que tramita no Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4233/2009), a quem caberá decidir a questão posta pelo contribuinte neste PAF.

Ante o exposto voto pela procedência parcial do Auto de Infração. Ficam mantidos os itens 5, 6 e 7 e parte do item 4 (fato gerador de 30/09/04) e do item 10 (fato gerador de 31/08/04). Improcedentes, os itens 8 e 9 e nulos os itens 1, 2, 3, 11, 12 e partes do item 4 (fato gerador de 30/11/05) e do item 10 (fatos geradores de set a dez/07), tudo, conforme a fundamentação acima tracejada.

Com isso o demonstrativo de débito do Auto de Infração passa a ter a seguinte configuração:

Infração	DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA DILIGÊNCIA					
	D. Ocorrência	D. Vencimento	B. de Cálculo	Alíq (%)	Multa (%)	Vlr. Hist. Apur. Após julgamento
4	30/09/2004	15/10/2004	62,17	17	60	10,57
5	30/09/2005	09/10/2005	4.500,00	5	60	225,00
6	31/01/2004	09/02/2004	1.549,90	10	60	154,99
6	31/05/2004	09/06/2004	1.266,70	10	60	126,67
6	01/11/2004	09/12/2004	1.998,20	10	60	199,82
7	31/03/2004	09/04/2004	37.500,00	7	60	2.625,00
10	31/08/2004	09/09/2004	5.025,76	17	60	854,38
TOTAL						4.196,43

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0060/09-4**, lavrado contra **MUCIBABY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.196,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR