

**PROCESSO** - A. I. Nº 110427.0060/09-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MUCIBABY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0371-05/10  
**ORIGEM** - INFAS ITABUNA  
**INTERNET** - 04/11/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0306-11/11

**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 conferência do procedimento fiscal pelo autuado. Vício insanável. 4. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imputação parcialmente nula (item 4) e improcedente (item 9). 5. 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. 6. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS; b) OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Infração elidida em parte 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, à exceção da data de ocorrência de maio de 2007, quanto à acusação de falta de recolhimento do imposto em operações escrituradas, período em que o contribuinte ainda não tinha feito a opção pelo Simples Nacional. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – através do Acórdão JJF nº 0371-05/10 - lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 12 infrações, sendo objeto do presente Recurso as infrações descritas nos itens 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11 e 12 da peça inicial da autuação, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 - Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se a diferenças apuradas nas saídas de café torrado e moído, conforme demonstrativo constante do Anexo I. Ocorrência verificada nos meses de jan a jul de 2004, nov 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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 por conta de terceiro, sem, contudo, haver o contribuinte comprovado o ingresso da matéria-prima no estabelecimento, conforme consta do Anexo IX. Ocorrência verificada no mês de maio de 2004. Valor do ICMS: R\$ 137,23;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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.

A Primeira Instância assim se manifestou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, para cada infração objeto do presente Recurso:

INFRAÇÕES 1, 2 e 3:

*"... No que se refere à preliminar de nulidade, por cerceamento de defesa, acolho-a em relação aos itens 1, 2 e 3, visto que as eventuais diferenças de imposto teriam que ser apuradas identificando-se o cálculo do tributo, nota a nota, o tipo de operação (se sujeito ou não à tributação e ao regime 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.”.

#### INFRAÇÃO 4:

“...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 abrange 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 abrange 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..”

#### INFRAÇÕES 8 e 9:

“...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.”.

#### INFRAÇÕES 10, 11 e 12:

“...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 autuado 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 abrange impostos das três esferas de competência (federal, estadual e municipal), além da contribuição previdenciária para o INSS.”.

Nos termos do art.169, I, alínea “a”, item 01 do RPAF\BA, a JJF recorre de ofício da Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

## VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida, que desonerou parcialmente os valores inicialmente lançados, porquanto tal desoneração baseou-se na legislação pertinente e nos elementos fáticos que embasam as infrações objeto do presente Recurso de Ofício, ainda com o concurso da revisão efetuada pelo próprio autuante em sua informação fiscal quanto a alguns dos itens desonerados.

E de fato, inicialmente quanto ao julgamento pela nulidade das infrações descritas nos itens 1, 2 e 3, como bem pontuou o Relator de Primeira Instância, não há segurança nas infrações imputadas, sequer quanto às bases de cálculo apuradas, provocando evidente cerceio do direito de defesa do sujeito passivo.

Na infração 1, imputa-se ao contribuinte a retenção e recolhimento a menor do ICMS, na condição de contribuinte substituto, nas vendas de café torrado e moído para contribuintes localizados neste estado. O demonstrativo de débito de fl. 29 elaborado pelo autuante não especifica o cálculo do imposto devido nota a nota, para que se apure em relação a cada documento fiscal se efetivamente houve recolhimento a menor e o seu quantum individualizado, mormente pelo fato alegado pelo contribuinte, e não negado pelo autuante, de que realiza operações de natureza diversas, tais como vendas, remessa para venda em veículos, devoluções, etc., o que por si só exigiria a verificação de cada documento fiscal, o que poderia ser feito ainda que por amostragem, mas tal não foi feito pelo autuante, cerceando o pleito direito de defesa do contribuinte, como alegado em sua defesa.

Como bem consignou o Relator da JJF, o autuante apurou o imposto lançado com base em totalização de diversas notas fiscais de saídas, ou seja, englobando-os, sem que possa o julgador verificar se de fato tratam de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, mormente pelo fato de que o contribuinte também comercializa outros tipos de mercadorias, não sujeitas a tal regime, como restou evidenciado nos autos, além do que os CFOPs citados no demonstrativo abarcam operações diversas - 5.101 (Venda de Produção do Estabelecimento), 5.904 (Remessa para Venda Fora do Estabelecimento), 5.910 (Remessa em Bonificação, Doação ou Brinde) e 5.401 (Venda de Produção do Estabelecimento com Substituição Tributária).

As mesmas falhas apontadas para a infração 1 encontram-se presentes nos itens 2 e 3, que imputam ao contribuinte, respectivamente, a falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, diferença apurada por levantamento fiscal nas remessas e retornos de café torrado e moído, e falta de recolhimento em decorrência de remessas internas para demonstração sem o devido retorno, referente a remessa de café torrado/moído em consignação.

Os demonstrativos de apuração do imposto lançado para tais exigências, elaborados pelo autuante às fls. 31 e 32, respectivamente, sequer identificam as notas fiscais que acobertariam tais operações (remessa para veículos e seus respectivos retornos e as vendas realizadas fora do estabelecimento, para a infração 2, e as remessas em consignação e as vendas efetuadas em consignação, para a infração 3), demonstrando que o autuante apenas levantou dados escriturais, sem cotejo com os documentos emitidos.

Assim, correta a Decisão da JJF pela nulidade das infrações em tela, nos termos do art. 18, V, do RPAF/BA, abaixo transcrito, devendo a autoridade competente recomendar nova ação fiscal a salvo das falhas apontadas, obviamente obedecido o prazo decadencial.

### ***“Art. 18. São nulos:***

***II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;***

**IV - o lançamento de ofício:**

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”.*

Em relação à infração 4, onde se imputa ao sujeito passivo a falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, nos meses de setembro de 2004 e novembro de 2005, o julgamento pela nulidade proferido pela JJF restringiu-se ao fato gerador com data de ocorrência de novembro de 2005, no valor de R\$189,68.

Nada há que se reparar na Decisão, visto que conforme bem consignou o Relator da JJF, restou comprovado que a infração imputada está incorreta para o mês em referência, pois teria ocorrido em verdade recolhimento a menos do ICMS-ST, e não falta de retenção e recolhimento, relativo às Notas Fiscais nºs 1078, 1085 e 1086, o que foi esclarecido pelo próprio fiscal autuante em sua informação fiscal, quando afirmou que o valor exigido resultou da dedução do recolhimento espontâneo feito pelo contribuinte através do DAE de fl. 72 dos autos, que abarcaria tais documentos fiscais, muito embora no demonstrativo de débito de fl. 33, elaborado pelo autuante para apurar o valor lançado, não consignou qualquer dedução de recolhimento espontâneo que acostou aos autos. De fato, vedado ao órgão julgador alterar o fulcro da autuação.

Por outro lado, outra mácula inquina de nulidade a exigência fiscal referente a este mês, que se refere à não especificação, no citado demonstrativo de quais parcelas recolhidas de imposto correspondem a cada documento fiscal objeto da exigência pertinente - Notas Fiscais nºs 1078, 1085 e 1086 – já que o DAE de fl. 72 acombarca outras notas fiscais, tornando imprecisa e insegura a infração e o seu quantum. Registre-se, por oportuno, a impossibilidade de renovação da ação fiscal pela ocorrência da decadência.

No pertinente às infrações 8 e 9, julgadas improcedentes, referem-se, respectivamente, às acusações de que o contribuinte deixou de recolher o imposto por ter praticado operação tributável como não tributável, referente a “...*café torrado e moído supostamente devolvido, decorrente de industrialização por conta de terceiro, sem contudo haver o contribuinte comprovado o ingresso da matéria-prima no seu estabelecimento*”, e que deixou de reter e recolher o ICMS-ST referente ao retorno de café torrado moído supostamente recebido para industrialização por conta de terceiro, ambas as exigências estando relacionadas, pois vinculadas à Nota Fiscal nº 457 – fato gerador maio de 2004 - exigindo-se o imposto normal e o substituído, respectivamente.

Restou comprovado pelo sujeito passivo, no entanto, o que foi confirmado pelo autuante em sua informação fiscal, que a referida nota fiscal, trazida aos autos pelo contribuinte em sua defesa, às fl. 73 dos autos, não se refere a café industrializado, mas refere-se a devolução de um veículo Ford à empresa Indiana Veículos, recebido em consignação pelo autuado através da Nota Fiscal nº 13628. Assim, totalmente des caracterizadas as infrações imputadas.

Em relação às infrações descritas no item 10 (apenas quanto aos fatos geradores de setembro a dezembro de 2007), item 11 (fato gerador de julho de 2007) e item 12 (meses de maio, agosto, setembro e novembro de 2007) a desoneração efetuada pela JJF está parcialmente correta, pois de fato o contribuinte autuado encontrava-se nos meses objeto da exigência fiscal inscrito no Regime Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, à exceção do mês de maio de 2007, que se refere à infração descrita no item 12.

Assim, como as infrações imputadas – operação tributável como não tributada (infração 10) e falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas no livro Registro de Saídas (infração 11) e falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro Registro de Apuração (infração 12) – devem ser exigidas dentro das regras do Simples Nacional, com atendimento das normas pertinentes a tal regime, inclusive com penalidades diversas das previstas para as infrações praticadas por contribuintes que não são optantes pelo Simples Nacional, descabe a manutenção das exigências fiscais em tela.

Assim, deve ser reformada a Decisão recorrida para que se restabeleça a exigência fiscal quanto à data de ocorrência do mês de maio de 2007, relativa à infração descrita no item 12 da peça inicial da autuação, no valor de R\$2.631,64, conforme demonstrativo resumo da conta-corrente do ICMS elaborado pelo autuante às fl. 86, já que neste período o contribuinte autuado ainda não tinha efetuado sua opção ao Simples Nacional, realizada em julho de 2007 e em cuja condição permaneceu até dezembro de 2007.

Neste sentido, votamos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, na forma acima exposta, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.828,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.196,43 e 50% sobre R\$2.631,64, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

CLAÚDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS