

A. I. Nº - 206921.0008/09-0
AUTUADO - EXCELER COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - MARCUS VINÍCIUS BADARÓ CAMPOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12/03/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-03/12

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, o débito ficou reduzido. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Não há nos autos elementos que determinem com segurança o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo. O autuante deixou de juntar as cópias das notas fiscais objeto da autuação. **Infração nula.** **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE.** Refeitos os cálculos pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **Infração parcialmente caracterizada.** **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Como se trata de aquisições de mercadorias para distribuição como brindes, a legislação estabelece os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte, lançando a nota fiscal de saída na forma regulamentar, correspondente à mercadoria distribuída como brinde. **Infração não caracterizada.** **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS.** Não é devida a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final. Autuante reconhece que as aquisições das mercadorias não foram para comercialização e sim para consumo próprio do contribuinte. **Infração insubsistente.** **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA.** Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções. A alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto à

penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Infração improcedente. **6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO.** Lançamento efetuado com imprecisão quanto à descrição do fato e caracterização da irregularidade apurada. Infração nula. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2009, refere-se à exigência de R\$69.446,40 de ICMS, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Notas Fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$60.984,95. Multa de 70%.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, nos meses de março, abril e agosto de 2004; março, maio, junho e dezembro de 2005. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$543,61.

Infração 03: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de abril, agosto, maio e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$5.263,30. Multa de 60%.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referente ao mês de dezembro de 2005. Valor do débito: R\$113,40. Multa de 60%.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas na substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de setembro, outubro e novembro de 2004; janeiro, maio agosto setembro e outubro de 2005. Valor do débito: R\$1.332,91. Multa de 60%.

Infração 06: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. . Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de março, julho, agosto e setembro de 2004; janeiro, abril, julho, agosto, outubro e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$2.494,06. Multa de 60%.

Infração 07: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$1.751,84. Multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 107, apresentou impugnação (fls. 85 a 106), alegando que os créditos tributários concernentes ao imposto não recolhido, bem como à multa

exigida referentes aos fatos geradores até 18/09/2004 foram atingidos pela decadência. Cita o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN e salienta que parte dos créditos indicados nas infrações 01, 02, 03, 05 e 06 foi fulminada pela decadência, por isso, requer seja reconhecida por consumada a decadência em relação aos fatos geradores ou infrações cometidas até 18/09/2004.

No mérito, o defendente alega quanto à primeira infração, que parte das mercadorias não está sujeita ao pagamento de ICMS, em função de norma tributária estadual que determina a redução de base de cálculo de 100%. Elabora quadro demonstrativo indicando as notas fiscais correspondentes às mercadorias que ingressaram no estabelecimento para demonstrar a não ocorrência do tributo a recolher quando da realização das operações mercantis, bem como, o total desconhecimento por parte do contribuinte de algumas dessas notas fiscais. O autuado informa que de acordo com a cláusula terceira do contrato social, o objeto social da empresa é o comércio atacadista de alimentos secos, frescos e congelados. A rigor, comercializa apenas peixes, mariscos e frutos do mar. Diz que no período autuado, embora tivesse adquirido mercadorias provenientes de outros Estados, as revendia apenas e tão somente para o mercado interno. Salienta que o legislador estadual se valeu da técnica de redução de 100% da base de cálculo, ao invés de simplesmente isentar ou reduzir a alíquota da operação a zero. Na prática, equivale a uma operação isenta ou não tributada. O defendente assegura que jamais destinou as mercadorias à industrialização; adquire muito pouco pescado enlatado ou cozido, ou mesmo seco ou salgado. Quanto às operações apuradas pelo autuante, alega que se percebe na planilha elaborada na impugnação, que a grande maioria das mercadorias que ingressaram no estabelecimento do autuado não se tratava de pescado cozido, enlatado, seco ou salgado. Transcreve o art. 87 do RICMS/BA e diz que sem maior esforço hermenêutico, verifica-se que a legislação determina a redução de 100% da base de cálculo, inexistindo tributo algum a recolher. Tanto isso é verdade que o autuante considerou como representativas de entradas de mercadorias não tributáveis algumas notas fiscais concernentes a salmão, a exemplo das NFs 37.476, 39.788, 40.268, 49.904 e 49.945. Portanto, o defendente pede que sejam excluídas as notas fiscais que relacionou na fl. 94. Alega, também, que em relação a essas notas fiscais o autuante não considerou qualquer crédito fiscal oriundo da entrada da mercadoria no estabelecimento, violando a regra da não-cumulatividade. Argumenta, ainda, que a entrada de embalagens não poderia ser tomada como representativa de operação posterior de saída como fato gerador de ICMS, por isso, devem ser excluídas da base de cálculo do ICMS exigido na primeira infração, os valores referentes às NFs 3094, 3173, 33565, 3422 e 4510.

Infração 02: O defendente alega que todas as mercadorias não tributáveis foram objeto de registro, inclusive as notas fiscais de números 37.476, 39.788, 40.268, 49.904 e 49.945. Pede a improcedência da infração 02.

Infração 03: Alega que a planilha elaborada pelo autuante padece de vício, haja vista que foi apontada como alíquota a ser utilizada 17%, quando, a rigor, deveria indicar a efetiva diferença de alíquota (10%). Além disso, o defendente alega que há questões a serem suscitadas: a) NF 19.438, emitida em 02/04/2004, refere-se a equipamento de refrigeração, e o autuante apontou como base de cálculo o valor de R\$15.750,00, deixando de observar que na referida nota fiscal houve redução da base de cálculo para R\$11.565,22, por força do Convênio 5/99. Cita o art. 72, I do RICMS/BA e assegura que a diferença de alíquota a recolher seria de R\$1.156,75 e não R\$1.575,00; b) Quanto à NF 118.298, emitida em 28/04/2008, correspondente a uma caminhonete adquirida para o ativo fixo, diz que foram constatados dois equívocos em relação ao cálculo da diferença de alíquota: a) examinando a nota fiscal proveniente do Estado de Minas Gerais, verifica-se que a alíquota interestadual naquele Estado é 12%. Neste caso, a diferença de alíquota seria 5%, mas o autuante considerou a alíquota interestadual de Minas Gerais no patamar de 7%, aplicando a diferença de alíquota de 10%; b) o autuante não observou a base de cálculo reduzida por força de convênio. Ao invés de utilizar o valor de R\$9.577,68, apontado como base de cálculo no documento fiscal, o autuante utilizou o valor de R\$23.045,42. Portanto, o defendente alega que em relação à NF 118.298, a base de cálculo teria de ser R\$9.577,68 e o valor da diferença de alíquota

deve ser reduzida para R\$478,88. Quanto à Nota Fiscal 22.099, emitida em 13/05/2009, no valor de R\$150,00, referente a equipamento de refrigeração, o defendente alega que o autuante não observou a circunstância indicada no documento fiscal, por se tratar de “mercadoria que segue para reposição em garantia”, por isso, não há que se falar em exigência de diferença de alíquota, considerando que é uma operação gratuita ao consumidor final. O defendente afirma que, examinando-se a planilha elaborada pelo autuante, percebe-se que embora tenha sido apurado um crédito de R\$286,00, referente à aquisição de máquina por meio da NF 17.481, não foi utilizado esse crédito em abatimento sobre as demais operações a respeito das quais entendeu não ter sido recolhido o imposto relativo à diferença de alíquota.

Infração 04: O autuado alega que a NF 176, emitida em 01/12/2005 se refere a produto que não se destina à comercialização, mas à distribuição gratuita aos clientes do estabelecimento. Por isso, pede a improcedência desta infração.

Infração 05: O autuado alega que de acordo com a descrição constante da planilha elaborada pelo autuante, infere-se que as mercadorias tributadas se referem a carne bovina. Assegura que não se dedica à atividade de comercialização dessa mercadoria, nem mesmo de modo esporádico, e que as aquisições se deram para consumo próprio. Entende que não se configurou a hipótese do art. 125, inciso II, alínea “b”, c/c os arts. 61 e 371 do RICMS/BA, não havendo que se falar em recolhimento por antecipação. Pede a improcedência desta infração.

Infração 06: O defendente assegura que é indevida a exigência fiscal, considerando a previsão constante do art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, que somente se deu em momento posterior ao cometimento da infração. Salienta que não havia cominação para a infração criada por força da lei estadual; as operações se deram entre março de 2004 e dezembro de 2005, muito tempo antes de a legislação cominar a sanção à infração. Assim, o defendente entende que não é possível aplicar a multa de 60%, porque somente prevista em lei estadual posteriormente à prática da infração.

Infração 07: O autuado alega imprecisão na descrição da infração porque não se descreveu quais seriam as mercadorias cujos créditos de ICMS teriam sido escriturados e que supostamente não teriam ingressado no estabelecimento do contribuinte. Alega que a infração padece de invalidade por vício formal. Alega, também, que o valor exigido a título de multa é nitidamente excessivo, confiscatório e desarrazoado. Diz que o STF tem prestigiado o entendimento segundo o qual as sanções pecuniárias consubstanciadas nas multas fiscais estão também submetidas ao princípio constitucional do não-confisco. Cita o posicionamento da doutrina e diz que as multas devem guardar proporção com o valor da prestação tributária, e deve ser reconhecida a exorbitância da multa, por isso, pede a exclusão da mencionada multa. Requer a produção de prova por todos os meios admitidos no processo administrativo, em especial a juntada de documentos. Requer, também, sejam exibidas todas as notas fiscais utilizadas pelo autuante, resgatadas no CTAMT e junto a fornecedores – Sintegra, a fim de comprovar que a grande maioria das mercadorias comercializadas pelo defendente não está sujeita ao pagamento do ICMS nas operações internas, bem como, para que se esclareça a que mercadorias se referem às notas fiscais desconhecidas por parte do contribuinte.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 214/215 dos autos, dizendo que em relação às infrações 01 e 02, o autuado alegou que as notas fiscais foram escrituradas no livro Registro de Entradas, mas não anexou aos autos qualquer comprovação. Diz que está aguardando as cópias das notas fiscais do CFAMT para que sejam disponibilizadas.

Infrações 03 e 04: Reconhece que deveria ter considerado a redução da base de cálculo alegada pelo defendente. Assim, considerando as notas fiscais de números 19.438 e 118.298, o débito deverá ser reduzido para R\$2.114,29. Quanto à alíquota interestadual quando a mercadoria é originada do Estado de Minas Gerais, diz que a alíquota é 7%, e não 12%, como alegou o defendente. Foi utilizada a diferença entre a alíquota entre 7% (Sul) e a interna (17%). Em relação à operação de reposição em garantia, diz que na nota fiscal da devolução anterior não houve

destaque do imposto, no retorno da garantia há cobrança da diferença de alíquota. Em relação aos brindes, o autuante diz que haverá uma nota fiscal de saída com o mesmo valor de base de cálculo, o valor de imposto a pagar será o resultante da diferença de alíquota.

Infração 05: Não acata a alegação do autuado de que a mercadoria não foi adquirida para comercialização. Diz que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, é devido o imposto apurado.

Infração 06: Esclarece que não foi exigido o ICMS antecipação parcial, porque o autuado estava na condição de contribuinte do sistema normal de apuração do imposto, e nesta condição a empresa faria jus ao crédito no mesmo valor, tendo sido aplicada a multa.

Infração 07: O autuante diz que em relação ao questionamento do defendente quanto às mercadorias que foram objeto da exigência fiscal, a resposta está nas notas fiscais devidamente escrituradas, conforme planilha à fl. 74.

Por fim, o autuante informa que a infração 03 fica reduzida para R\$70.369,78.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 219/220, reafirmando tudo quanto alegado na impugnação inicial. Pede que sejam acolhidos os argumentos apresentados nas razões de defesa, reiterados na manifestação. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 223, dizendo que não foram apresentados novos elementos pelo defendente, que pudessem ensejar a redução do montante autuado.

À fl. 227 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para o autuante:

1. Quanto às infrações 01, 02 e 07, anexar as cópias das notas fiscais obtidas junto ao CFAMT e SINTEGRA, utilizadas no presente lançamento e que ainda não se encontravam no presente PAF.
2. Em relação à infração 03, considerando que na informação fiscal foram acatadas algumas alegações defensivas, elaborar demonstrativo do débito remanescente.
3. Quanto à infração 06, juntar planilha referente ao mês 12/2007 e as correspondentes notas fiscais, devendo corrigir o demonstrativo de débito, tendo em vista que houve equívoco na elaboração do mencionado demonstrativo quanto às datas de ocorrência e de vencimento em confronto com a planilha à fl. 64 do PAF.
4. A Inspeção Fiscal entregar ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo autuado se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

Intimado para apresentar as notas fiscais objeto da autuação, o defendente informou à fl. 235 dos autos que essas notas fiscais não foram localizadas nos arquivos da empresa, tendo em vista que muitas das notas fiscais foram obtidas junto ao banco de dados da SEFAZ. O defendente reafirmou tudo quanto exposto na defesa administrativa apresentada.

Quanto à diligência fiscal encaminhada por esta 3ª JF, o autuante apresentou informação fiscal às fls. 270 a 272, dizendo que em relação às infrações 01, 02 e 07, elaborou demonstrativo na fl. 229 do presente PAF, consignando na última coluna o número da folha da peça defensiva onde são relacionadas e detalhadas as notas fiscais, informando o registro no livro de entradas. Considerando que as notas fiscais não se encontram no PAF e o tempo decorrido, diz que não há mais possibilidade de resgate dos documentos, o que somente poderia ser possível intimando o autuado para apresentar os referidos documentos. Informa que o contribuinte foi intimado e alegou que as notas fiscais não foram localizadas em seus arquivos. Também informa que no dia 20/09/2010, foram requisitadas no sistema CFAMT 22 notas fiscais (fl. 237) e, no dia 23/09/2010 foram recebidas 16 notas fiscais e 06 não foram localizadas (fls. 238 a 256). Para as notas fiscais

não localizadas foram alteradas as multas para 1%, considerando que o autuado afirmou que a saída seria com redução de 100% de base de cálculo. Para as demais notas fiscais que foram localizadas, e as entradas não foram registradas, sendo a mercadoria originária de outro Estado da Federação, foi mantida a tributação de 17% sobre o valor da nota fiscal, conforme determina o RICMS/BA. Assim, foram refeitos os demonstrativos de fls. 257 a 260 e 267, conforme novo demonstrativo de débito que elaborou à fl. 271 dos autos. O autuante salienta que no item 2 da infração 02, fl. 02 do Auto de Infração e na fl. 06, Demonstrativo de Débito, o sistema SEAI não calculou o valor histórico de 1% sobre a base de cálculo de R\$23.045,00, que corresponde a R\$230,45, conforme planilha elaborada à fl. 23, que foi considerada pelo autuante na elaboração do demonstrativo à fl. 280 do PAF.

Infração 03: Informa que foram efetuadas as alterações acatadas na informação fiscal anterior (fl. 214), sendo refeitos os cálculos, conforme demonstrativo de débito à fl. 261, sendo retificado o débito para R\$3.498,02.

Infração 06: Disse que ao digitar a planilha da multa referente à antecipação parcial, na fl. 64, informou os meses de outubro e dezembro de 2007, quando as datas corretas eram outubro e dezembro de 2005, conforme se pode confirmar nas fls. 73 e 266. Portanto, foram corrigidas as datas no demonstrativo à fl. 265, não havendo alterações nos valores originalmente apurados.

O autuante finaliza, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$23.914,78, conforme demonstrativo de débito às fls. 268/269 do presente PAF.

Intimado da informação fiscal e reabertura do prazo de defesa, o defendente apresentou nova impugnação às fls. 277 a 294, alegando que o lançamento, ainda que nos termos remanescentes, não merece prosperar. Repete as alegações referentes à decadência, dizendo que atinge parte do crédito constituído, pedindo que se reconheça por consumada a decadência quanto aos fatos geradores até 18/09/2004.

Quanto à infração 01, reitera a alegação de que parte significativa das mercadorias não está sujeita ao pagamento do ICMS, em função de norma tributária estadual que determina a redução da base de cálculo à razão de 100% para as operações internas. Diz que algumas notas fiscais foram excluídas da exigência fiscal, mas ainda permanecem outras notas fiscais, conforme quadro que elaborou às fls. 281/282. Assegura que no período autuado, embora adquirisse mercadorias provenientes de outros Estados, as revendia apenas e tão somente para o mercado interno, ou seja, o autuado somente realizou operações de vendas internas; jamais destinou mercadorias à industrialização. Além disso, adquire muito pouco pescado enlatado ou cozido, ou mesmo seco ou salgado. Diz que as operações apuradas pelo autuante, a grande maioria das mercadorias que ingressaram no estabelecimento não se tratava de pescado cozido, enlatado, seco ou salgado. Entende que se deve excluir da base de cálculo da infração 01 os valores concernentes às notas fiscais indicadas como não tributadas ou com redução de 100% de base de cálculo. O defendente também alegou que o autuante impôs a tributação na saída de embalagens que envolvem o produto vendido pelo contribuinte. Tais mercadorias não são vendidas isoladamente, mas como parte integrante da mercadoria final do estabelecimento, consumida no processo de comercialização. A saída da embalagem não é tributada, mas apenas a saída da mercadoria. Salienta que a entrada da embalagem no estabelecimento atacadista dá ensejo ao crédito fiscal referente ao ICMS pago e o autuado utiliza esse crédito na venda de mercadorias, desde que essa operação seja tributada, conforme art. 93, inciso I, “a” e § 1º, incisos I e II do RICMS/BA. Pede a improcedência da primeira infração.

Infração 02: O defendente reafirma que de acordo com o livro Registro de Entrada, todas as notas fiscais de mercadorias não tributáveis foram objeto de registro, inclusive as notas fiscais de números 37476, 39788, 40268, 49904 e 49945.

Infração 03: Alega que alguns vícios foram corrigidos, mas outros se mantiveram. Diz que em relação à NF 118298, emitida em 28/04/2004, correspondente a uma caminhonete adquirida para o

ativo fixo, o equívoco remanesce no tocante ao cálculo da diferença de alíquota. Cita o art. 69 do RICMS/BA e afirma que o imposto relativo à diferença de alíquota deveria ser de 5%, de forma que o valor devido é de R\$478,88. Quanto à NF 22.099, emitida em 13/05/2005, no valor de R\$150,00, referente a equipamento de refrigeração, alega que o autuante não observou a circunstância indicada na nota fiscal de se tratar de mercadoria para reposição em garantia. Por isso, não há que se falar em exigência da diferença de alíquota, considerando que a operação é gratuita ao consumidor final, por imposição legal. Por fim, alega que, embora o autuante tenha apurado um crédito de R\$286,00 referente à aquisição de máquina por meio da NF 17481, não utilizou esse crédito para dedução sobre as demais operações as respeito das quais entendeu não ter sido recolhido a diferença de alíquota. Apresenta o entendimento de que a verificação de cada um dos equívocos apontados prescinde de qualquer prova técnica, sendo suficiente o mero exame das planilhas que acompanham o presente Auto de Infração. Pede que sejam corrigidos os vícios apontados na infração 03.

Infração 04: Assegura que a mercadoria constante na NF 176, emitida em 01/12/2005, objeto da autuação, não se destina à comercialização, mas à distribuição gratuita aos clientes do estabelecimento. Pede a improcedência desta infração.

Infração 05: O defendente alega que não se dedica à atividade de comercialização de carne bovina, nem mesmo de modo esporádico, e as aquisições se deram para consumo próprio. Diz que a comprovação dessa alegação é a inexistência de notas fiscais de saída referente a essa mercadoria, porque foi consumida. Entende que não se configurou a hipótese do art. 125, inciso II, alínea “b” c/c arts. 61 e 371 do RICMS.

Infração 06: Alega que a aplicação da sanção afigura-se absolutamente indevida, haja vista que a previsão específica do art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 somente se deu em momento posterior à infração apontada. As operações ocorreram entre março de 2004 e dezembro de 2005, muito tempo antes de a legislação cominar a sanção à infração. Diz que manter a multa pela infração implica violação à regra da irretroatividade da lei, sobretudo no campo do direito tributário penal.

Infração 07: Alega que há imprecisão na descrição da infração, na medida em que não foram descritas as mercadorias cujos créditos de ICMS teriam sido escriturados e que supostamente não teriam ingressado no estabelecimento do contribuinte, impossibilitando a defesa específica da infração. Entende que a diligência realizada não sanou tal vício.

Em seguida, o defendente contesta a multa no percentual de 150%, apresentando o entendimento de que a mesma tem o caráter confiscatório. Sobre esta questão cita ensinamentos da doutrina. Finaliza, pedindo que seja reconhecida a decadência quanto aos fatos gerados ocorridos no período anterior a 18/09/2004; que seja julgado improcedente o Auto de Infração, pelos motivos expostos nas razões de defesa e, quanto à infração 07, sem prejuízo da improcedência da autuação, requer seja reconhecida a sua inviabilidade. Pede que sejam exibidas todas as notas fiscais utilizadas pelo autuante, resgatadas do CFAMT e junto aos fornecedores, a fim de provar que a grande maioria das mercadorias comercializadas pelo autuado não está sujeita ao pagamento do ICMS, e que se esclareça que as mercadorias se referem a notas fiscais desconhecidas pelo contribuinte.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 297/298, dizendo que em relação à infração 01, o autuado tentou desviar o foco da infração alegando que as saídas foram efetuadas com redução de 100% da base de cálculo, o que corrobora com o entendimento do autuante de que a mercadoria é tributável, apenas o legislador beneficiou o contribuinte para as saídas internas, tanto é assim, que há proibição do estorno do crédito fiscal, caso a entrada tenha sido de outro Estado.

Infração 02: Diz que o autuado não apresentou as cópias do livro Registro de Entradas e na ação fiscal não foi exibido o mencionado livro solicitado por meio da intimação às fls. 12/13 do PAF.

Infração 03: Informa que é procedente a alegação quanto à NF 118298, que tem destaque do ICMS com alíquota de 12%, tendo sido corrigido o levantamento fiscal. Também procede a alegação defensiva referente à NF 22099, que se trata de reposição em garantia, sendo excluído valor relativo à mencionada nota fiscal. Quanto ao recolhimento efetuado a mais, o autuante diz que não tem autonomia para fazer a compensação alegada pelo defendente, e que poderá ser requerida a restituição através de processo próprio. Com as correções efetuadas, o débito relativo à infração 03 ficou alterado para R\$3.004,17.

Infração 04: Quanto ao argumento defensivo de que a NF 176 se refere a mercadoria para distribuição gratuita, o autuante diz que não procede, e que não há comprovação do fato, e a diferença de alíquota foi exigida sobre mercadoria para uso ou consumo próprio.

Quanto à infração 05, o autuante diz que acatou a alegação defensiva de que as mercadorias não foram para comercialização, por isso, os valores exigidos foram totalmente excluídos.

Infração 06: Transcreve o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 e afirma que sempre existiu a multa, apenas ocorreu alteração da redação, devido à antecipação parcial que não estava prevista no texto legal.

Infração 07: Diz que não procede a alegação do autuado de que houve imprecisão na descrição da infração, tendo em vista que o autuante anexou Demonstrativo do Crédito Indevido à fl. 74, relacionando todas as notas fiscais cujos créditos foram glosados e que foram escriturados no livro Registro de Entradas do autuado. Cita como exemplo a NF 844693, de 25/12/2005, registrada no livro Registro de Entradas, conforme fl. 54 do presente PAF. Neste caso, entende que o autuado deveria anexar cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo e justificar a procedência dos créditos glosados.

Por fim, o autuante contesta a alegação defensiva quanto à multa e pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$22.087,99, conforme novo demonstrativo de débito às fls. 268/269 do PAF.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 306 a 318 dos autos. Repete a alegação quanto à decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador anterior a 18/09/2004. Quanto à infração 01, reafirma que permanecem alguns equívocos, alegando que em relação às notas fiscais indicadas no demonstrativo que elaborou às fls. 310/311 dos autos, as mercadorias ingressaram no estabelecimento e as saídas foram efetuadas com redução de 100% na base de cálculo. Embora o autuado adquirisse mercadorias provenientes de outros Estados, as revendia apenas e tão somente para o mercado interno e jamais destinou as mercadorias para industrialização. Entende que devem ser excluídos da base de cálculo do ICMS apurado na infração 01, os valores concernentes às notas fiscais constantes no quadro que elaborou, indicadas como não tributadas ou com redução de 100% da base de cálculo.

Infração 02: Afirma que todas as mercadorias foram objeto de respectivo registro no livro Registro de Entradas.

Infração 03: Alega que embora o autuante tenha detectado o crédito de R\$286,00 referente à NF 17481, não fez a dedução sobre as demais operações sobre as quais entendeu não ter sido recolhida a diferença de alíquota. Entende que se deve levar em consideração esse crédito oriundo da própria operação em que se pretende exigir o imposto.

Infração 04: Reafirma que a mercadoria constante na NF 176, emitida em 01/12/2005, não se destina à comercialização, mas à distribuição gratuita aos clientes do estabelecimento.

Infração 06: Repete a alegação de que a cominação legal é posterior à infração. As operações ocorreram entre março de 2004 e dezembro de 2005, muito tempo antes de a legislação estabelecer a penalidade.

Infração 07: Repete a alegação de imprecisão na descrição da infração, dizendo que não foram indicadas as mercadorias cujos créditos de ICMS teriam sido escriturados e que não teriam

entrado no estabelecimento do contribuinte. Contesta a multa de 150%, reiterando a alegação de que tem caráter confiscatório.

Pede a improcedência do Auto de Infração. Requer sejam exibidas todas as notas fiscais utilizadas pelo autuante.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 326 do PAF, dizendo que a diligência fiscal determinada à fl. 227 foi devidamente atendida e que o autuado se manifestou sem apresentar fato novo. Comenta sobre a decadência, afirmando que o auto de infração foi lavrado dentro do prazo decadencial. Disse que o autuado relacionou à fl. 310 notas fiscais de compras interestaduais tributadas dos produtos salmão, com redução de base de cálculo em 100% nas vendas internas. Informa que as notas fiscais foram anexadas ao presente PAF e a alegação do autuado de que só vendia no mercado interno não corresponde à realidade, tendo em vista que as DMAs de março, julho, setembro, outubro e novembro de 2005, fls. 321 a 325 dos autos, constam compras interestaduais com crédito do imposto e vendas interestaduais com débito do imposto. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$22.087,99, conforme demonstrativo de débito à fl. 302.

A fl. 330 esta JJF converteu o presente processo em diligência, para que o autuante:

5. Quanto à infração 01, excluísse do levantamento fiscal as notas fiscais do CFAMT e SINTEGRA, não localizadas e que não se encontram no presente PAF.
6. Em relação à infração 02, intimasse o autuado a comprovar a alegação de que as notas fiscais objeto da autuação estão escrituradas no livro fiscal próprio.
7. Quanto à infração 07, solicitasse ao defendente e juntasse aos autos cópias das notas fiscais constantes do demonstrativo de fl. 74, e informasse o que levou à conclusão de que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento.

Em atendimento foi prestada informação fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito às fls. 414 a 416 dos autos, dizendo que em relação à infração 01, em que pese o novo demonstrativo elaborado às fls. 256/259, ainda restaram algumas notas fiscais cujas cópias não estão acostadas ao presente PAF, conforme relação e respectivos valores à fl. 415. Esclarece que as notas fiscais excluídas foram relacionadas pelo contribuinte às fls. 89/93, quando de sua explanação acerca da suposta não tributação das mercadorias envolvidas.

Quanto à infração 02, informou que o autuado foi intimado a apresentar o livro Registro de Entradas, e que verificando o referido livro, observou que a escrita fiscal de 2004 inicia-se em 01/06/2004, observando, ainda, a ausência da escrituração do mês 08/2004. O preposto fiscal assegura que não conseguiu localizar quaisquer documentos fiscais elencados à fl. 260. Juntou aos autos as cópias do livro Registro de Entradas de 2004 e 2005.

Em relação à infração 07, o preposto fiscal informou que não conseguiu localizar nenhuma das notas fiscais relacionadas no demonstrativo à fl. 74, e que todas elas estão escrituradas no livro Registro de Entradas apresentado, conforme se pode observar nas cópias juntadas às fls. 332 a 413. Quanto ao motivo de ter sido efetuada a cobrança do imposto em relação a tais notas fiscais, disse que somente o autuante poderia responder.

Intimado da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 422 a 432 dos autos, alegando que o lançamento, ainda que nos termos remanescentes, não merece prosperar. Reitera tudo quanto foi dito a respeito da decadência. Quanto à infração 01, reitera a alegação de que parte das mercadorias objeto da autuação não está sujeita ao pagamento do ICMS, em função da norma tributária que determina a redução de base de cálculo em 100%. Disse que por força da diligência determinada por esta JJF o autuante promoveu a retificação do lançamento, excluindo diversas mercadorias. Quanto à diligência efetuada, alega que apenas foi excluída a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, não procedendo à exclusão dos valores relativos ao tributo. Reitera a alegação de que as notas fiscais se referem a mercadorias que ingressaram no estabelecimento

com discriminação de datas, valores e produtos, a fim de demonstrar a não ocorrência de tributo a recolher quando da realização das saídas, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 427/428 do PAF. Repete as alegações quanto à redução de base de cálculo nas operações internas com peixes, e quanto às embalagens, afirma que não poderia ter sido tomada como representativa de operação posterior de saídas como fato gerador de ICMS.

Quanto à infração 02, reafirma que todas as mercadorias não tributáveis foram objeto do respectivo registro, por isso, pede a improcedência deste item da autuação.

Em relação às infrações 03, 04, 05 e 06, reitera todo quanto afirmado nas manifestações anteriores.

Quanto à infração 07, reitera a alegação de invalidade da exigência fiscal, considerando a imprecisão na descrição, inexistindo indicação de quais seriam as mercadorias cujos créditos de ICMS teriam sido escriturados e que as mercadorias não teriam ingressado no estabelecimento.

O Auditor Fiscal estranho ao feito prestou nova informação fiscal às fls. 436/437, dizendo que em relação à infração 01, apenas excluiu as notas fiscais que foram solicitadas pela Junta de Julgamento Fiscal. Diz que não entrou no mérito da diligência e que as notas fiscais excluídas, constantes da relação à fl. 415, o valor do imposto já não estava sendo objeto de cobrança, apenas e tão somente a multa de 1%, conforme fl. 259. As notas fiscais em que foi exigido o imposto não foram objeto de exclusão porque se encontram acostadas aos autos.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, exceto quanto às infrações 02 e 07.

O defendente alegou quanto à infração 03, que a planilha elaborada pelo autuante padece de vício, porque foi apontada como alíquota a ser utilizada 17%, quando, a rigor, deveria indicar a efetiva diferença de alíquota (10%).

Observe que a indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração foi efetuada por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, e não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o demonstrativo de débito.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2004, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos antes de 18/09/2004.

Observe que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a

referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2004 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2009. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 15/09/2009, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a primeira infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Notas Fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – SINTEGRA, período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls. 23 a 25.

De acordo com o inciso IV, do § 3º, do art. 2º, do RICMS/97, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que forem constatadas entradas de mercadorias ou bens não registradas. Portanto, a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O autuado alegou que parte das mercadorias não está sujeita ao pagamento de ICMS, em função de norma tributária estadual que determina a redução de base de cálculo de 100%. Elabora quadro demonstrativo indicando as notas fiscais correspondentes às mercadorias que ingressaram no estabelecimento para demonstrar a não ocorrência do tributo a recolher quando da realização das operações mercantis.

O art. 87 prevê que nas operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 100%, observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, do RICMS-BA.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando que não se encontravam nos autos as cópias das notas fiscais objeto da autuação, o autuante prestou informação fiscal às fls. 270/272 dos autos, dizendo que no dia 20/09/2010, foram requisitadas no sistema CFAMT 22 notas fiscais (fl. 237) e, no dia 23/09/2010, foram recebidas 16 notas fiscais e 06 não foram localizadas (fls. 238 a 256). Para as notas fiscais não localizadas foram alteradas as multas para 1%, considerando que o autuado afirmou que a saída seria com redução de 100% de base de cálculo. Para as demais notas fiscais que foram localizadas, e as entradas não foram registradas, sendo a mercadoria originária de outro Estado da Federação, foi mantida a tributação de 17% sobre o valor da nota fiscal, conforme determina o RICMS/BA. Assim, foram refeitos os demonstrativos, conforme fls. 257 a 260 e 267.

O autuado não acatou integralmente a revisão efetuada pelo autuante, em relação às NFs 55827, 34915, 36476, 38009, 38889, 42251, 43711, 0637, 50118, 51236, 4642 4908 e 13682 referentes a salmão e NF 4510 relativa a embalagens. Diz que no período autuado, embora adquirisse mercadorias provenientes de outros Estados, as revendia apenas e tão somente para o mercado interno, ou seja, o autuado afirma que somente realizada operações de vendas internas; jamais destinou mercadorias à industrialização. Além disso, assegura que adquire muito pouco pescado enlatado ou cozido, ou mesmo seco ou salgado. Diz que em relação às operações apuradas pelo autuante, a grande maioria das mercadorias que ingressaram no estabelecimento não se tratava de pescado cozido, enlatado, seco ou salgado. Entende que se deve excluir da base de cálculo da infração 01 os valores concernentes às notas fiscais indicadas como não tributadas ou com redução de 100% de base de cálculo.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, que informou às fls. 414 a 416 dos autos, que em relação à infração 01, no novo demonstrativo elaborado às fls. 256/259, ainda restaram algumas notas fiscais cujas cópias não estão acostadas ao presente PAF, conforme relação e respectivos valores à fl. 415. Assim, foram indicadas as seguintes notas fiscais que não foram acostadas aos autos: NFs 56797, 203748, 9754, 61072, 3150, 227559, 24396, 3428, 31129, 70731, 71342, 37476, 1214, 2536 e 40297.

Quanto às notas fiscais que não foram localizadas pelo autuante e que não constam no PAF, não deve ser exigido o imposto, haja vista que não há comprovação do fato e da base de cálculo do imposto exigido, constituindo cerceamento do direito de defesa. Portanto, há como exigir a multa de 1% calculada pelo autuante.

Em relação às notas fiscais constantes nos autos que se referem às aquisições de salmão, mercadoria alcançada pela redução de base de cálculo, concordo com a informação do autuante de que, na redução de base de cálculo ocorre o fato gerador do imposto e o nascimento da obrigação tributária. A constituição do crédito tributário não é realizada devido a uma redução do imposto a recolher, que no caso em exame foi no percentual de 100%, ou seja, um benefício fiscal em favor do contribuinte.

Quanto às notas fiscais relativas a material de embalagem, entendo que tais documentos não devem ser excluídos do cálculo do imposto exigido, haja vista que se trata de mercadorias vinculadas às atividades desenvolvidas pelo autuado, tendo direito ao crédito do imposto relativo às aquisições ou recebimentos.

Analisando os elementos constantes dos autos, concluo que devem prevalecer os valores apurados pelo autuante, excluindo-se as notas fiscais não localizadas. Portanto, do demonstrativo às fls. 257 a 259, prevalece o débito apurado em relação às Notas Fiscais constantes da coluna denominada pelo autuante como "Revisão p/ Tributadas ICMS". Portanto, débito originalmente

apurado fica modificado conforme quadro abaixo, elaborado com base no referido demonstrativo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/03/2005	09/04/2005	605,88
31/07/2005	09/08/2005	401,63
30/09/2005	09/10/2005	697,00
31/10/2005	09/11/2005	1.951,60
30/11/2005	09/12/2005	1.562,30
31/12/2005	09/01/2006	5.793,46
TOTAL	-	11.011,87

Assim, o débito original, retificado pelo autuante, após a realização da diligência fiscal, ficou reduzido para R\$11.011,87, com a exclusão das notas fiscais não localizadas e não acostadas aos autos. Infração subsistente em parte.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, nos meses de março, abril e agosto de 2004; março, maio, junho e dezembro de 2005. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$543,61, conforme demonstrativos às fls. 23 a 25 do PAF.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa de 1% do valor comercial da mercadoria não tributável, conforme art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96.

O defendente alegou que todas as mercadorias não tributáveis foram objeto de registro, inclusive as notas fiscais de números 37.476, 39.788, 40.268, 49.904 e 49.945.

Na informação fiscal, o autuante disse que embora o defendente tenha alegado que as notas fiscais foram escrituradas no livro Registro de Entradas, não anexou aos autos qualquer comprovação. Também informou que estava aguardando as cópias das notas fiscais do CFAMT para que fossem disponibilizadas.

Este item também foi objeto de diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, que informou às fls. 414/416 do PAF que o autuado foi intimado e apresentou o livro Registro de Entradas, e que, verificando o referido livro, observou que a escrita fiscal de 2004 inicia-se em 01/06/2004, observando, ainda, a ausência da escrituração do mês 08/2004. O preposto fiscal assegura que não conseguiu localizar quaisquer documentos fiscais elencados à fl. 260. Juntou aos autos as cópias do livro Registro de Entradas de 2004 e 2005.

Observo que embora não tenha sido comprovado o registro das notas fiscais objeto da autuação, a falta das respectivas cópias no processo constitui cerceamento do direito de defesa, haja vista que, sem anexar aos autos as cópias dos documentos fiscais não há comprovação do fato e do valor exigido. Portanto, não há como exigir a multa de 1% calculada pelo autuante, sendo nulo este item do Auto de Infração, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, haja vista que não há nos autos elementos que determinem com segurança o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo.

Infração 03: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo

fixo do estabelecimento. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de abril, agosto, maio e dezembro de 2005. Demonstrativos à fl. 55 do PAF.

O defendente alegou a questão da alíquota utilizada, de 17%, dizendo que a rigor, no demonstrativo de débito deveria ser indicada a efetiva diferença de alíquota (10%). Além disso, o defendente também apresentou alegações em relação a diversas notas fiscais que informou nas razões de defesa, indicando os equívocos constatados.

Na informação fiscal às fls. 270/272 o autuante disse que acatou alegações defensivas, sendo refeitos os cálculos, conforme demonstrativo de débito à fl. 261, retificando o débito para R\$3.498,02, valor que não foi acatado pelo defendente, alegando que alguns vícios foram corrigidos, mas outros se mantiveram, citando os equívocos que ainda permaneceram.

O autuante analisou as alegações defensivas e refez os cálculos e, com as correções efetuadas, o débito relativo à infração 03 ficou alterado para R\$3.004,17.

Em relação ao novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, o defendente não apresentou qualquer contestação, tendo alegado que o crédito de R\$286,00 referente à NF 17481, deveria ser levado em consideração, ou seja, entende que se deve levar em consideração o crédito oriundo da própria operação em que se pretende exigir o imposto.

Acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 300, apurando o débito total de R\$3.004,17, salientando que em relação ao alegado crédito referente à NF 17481, deverá ser requerida compensação quando da quitação do débito ou restituição de indébito na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Infração subsistente em parte.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referente ao mês de dezembro de 2005. Demonstrativos à fl. 55 do PAF.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que a NF 176, emitida em 01/12/2005 se refere a produto que não se destina à comercialização, mas à distribuição gratuita aos clientes do estabelecimento.

Observo que o demonstrativo fiscal à fl. 262 dos autos indica que se trata de brindes, e o autuante diz que haverá uma nota fiscal de saída com o mesmo valor de base de cálculo, o valor de imposto a pagar será o resultante da diferença de alíquota.

De acordo com o art. 564 do RICMS/97, “considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final”.

No caso de contribuinte que adquire brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deve lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito ao crédito do imposto destacado no documento fiscal. Deve emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida, o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e lançar a referida Nota Fiscal no Registro de Saídas, na forma regulamentar, conforme art. 565, incisos I e II do RICMS/BA.

Portanto, a legislação deste Estado estabelece os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte, ou seja, se o autuado não realizou a escrituração com débito do imposto, relativo a diversos bens por ele adquiridos e destinados à distribuição como brindes aos seus clientes e funcionários, conforme previsto na legislação, deveria ser exigido o imposto relativo a operações tributadas consideradas como não tributadas. Assim, não acato os argumentos do autuante de que

se deveria dar o tratamento de material de consumo e concluo que não ficou caracterizada a infração.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. . Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de setembro, outubro e novembro de 2004; janeiro, maio agosto setembro e outubro de 2005, conforme demonstrativo de fls. 56 a 63 do PAF.

O autuado contestou a exigência do imposto, alegando que de acordo com a descrição constante da planilha elaborada pelo autuante, infere-se que as mercadorias tributadas se referem a carne bovina. Assegura que não se dedica à atividade de comercialização dessa mercadoria, nem mesmo de modo esporádico, e que as aquisições se deram para consumo próprio. Entende que não se configurou a hipótese do art. 125, inciso II, alínea “b”, c/c os arts. 61 e 371 do RICMS/BA.

Na informação fiscal prestada às fls. 297/298, o autuante acatou a alegação defensiva de que as mercadorias não foram para comercialização, por isso, informou que os valores exigidos foram totalmente excluídos.

De acordo com o art. 355, inciso VII do RICMS/BA, não é devida a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor fiscal. Assim, considerando as alegações defensivas e a informação fiscal acatando o argumento do autuado de que as aquisições se deram para consumo próprio, concluo pela insubsistência desta infração.

Infração 06: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. . Notas fiscais resgatadas no CFAMT e junto a fornecedores – Sintegra, referentes aos meses de março, julho, agosto e setembro de 2004; janeiro, abril, julho, agosto, outubro e dezembro de 2005. Demonstrativos às fls. 64 a 73 do PAF.

O art. 42, inciso II, alínea “d” do RICMS/97 prevê a aplicação da multa de sessenta por cento do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial. Não se trata de exigência de imposto, e sim, aplicação de penalidade por falta de cumprimento da obrigação principal, relativamente ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária, estando a multa prevista na legislação estadual.

Observo que a penalidade prevista na alínea “d”, do inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 passou a ser cabível às hipóteses de antecipação parcial, com a nova redação dada pela Lei nº 10.847, de 27.11.2007, ou seja, a partir de 28 de novembro de 2007. No caso em exame, entendo que a aplicação da multa exigida no presente Auto de Infração, em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções, e em decorrência da alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Como o débito exigido no presente lançamento se refere aos exercícios de 2004 e 2005, não se aplica ao presente caso a exigência da multa prevista na alínea “d”, do inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração insubsistente.

Infração 07: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2005. Demonstrativo à fl. 74 do PAF.

O defendente alegou que há imprecisão na descrição da infração porque o autuante não descreveu quais seriam as mercadorias cujos créditos de ICMS teriam sido escriturados e que supostamente não teriam ingressado no estabelecimento do contribuinte. Também alegou que o valor exigido a título de multa é excessivo, confiscatório e desarrazoado.

Na informação fiscal, o autuante argumenta que não procede a alegação do autuado de que houve imprecisão na descrição da infração. Disse que no Demonstrativo do Crédito Indevido à fl. 74 dos autos relacionou todas as notas fiscais cujos créditos foram glosados e que foram escriturados no livro Registro de Entradas do autuado. Citou como exemplo a NF 844693, de 25/12/2005, registrada no livro Registro de Entradas, conforme fl. 54 do presente PAF. Neste caso entende que o autuado deveria anexar cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo e justificar a procedência dos créditos glosados.

Foi realizada diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, tendo sido informado pelo diligente que não conseguiu localizar nenhuma das notas fiscais relacionadas no demonstrativo à fl. 74, e que todas elas estão escrituradas no livro Registro de Entradas apresentado, conforme se pode observar nas cópias juntadas às fls. 332 a 413. Quanto às razões de ter sido efetuada a cobrança do imposto em relação a tais notas fiscais, disse que somente o autuante poderia responder.

De acordo com o art. 39, inciso III do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta. No caso em exame, não ficou caracterizado nos autos o motivo que levou o autuante a concluir que as mercadorias não entraram no estabelecimento. Quais as circunstâncias que comprovam tais conclusões.

Outro fato relevante é a informação prestada pelo Auditor Fiscal que efetuou a última diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, de que não foram localizadas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo à fl. 74, embora os documentos fiscais estejam escriturados no livro Registro de Entradas. Se o fato apurado pelo autuante refere-se à falta de apresentação dos documentos comprobatórios do direito aos créditos fiscais escriturados, o fulcro da autuação seria outro. Tal mudança não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios.

Diante da imprecisão na descrição da infração e caracterização da irregularidade apontada, concluo pela nulidade deste item, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, haja vista que não há nos autos elementos que determinem com segurança o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	11.011,87
02	IMPROCEDENTE	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	3.004,17
04	IMPROCEDENTE	-
05	IMPROCEDENTE	-
06	IMPROCEDENTE	-
07	NULA	-
TOTAL	-	14.016,04

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206921.0008/09-0, lavrado contra **EXCELER COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.016,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.004,17 e 70% sobre

R\$11.011,87, previstas no art. 42, inciso II, alínea “f” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA