

**A. I. N°** - 206837.0012/11-9  
**AUTUADO** - L G FORTES  
**AUTUANTE** - RAIMUNDO SANTOS LEAL  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 20.07.2012

### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0208-05/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovada a insubsistência da exigência. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO PARA OPERAÇÕES INTERNAS. Exigência reconhecida pelo autuado. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Exigência subsistente em parte, após exclusão das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Acolhida parte das razões de defesa, exigência subsistente em parte. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS. **a)** SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO; **b)** NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado parte dos lançamentos das Notas Fiscais. Exigências parcialmente subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2011, exige o débito, no valor de R\$ 38.051,15, inerente aos exercícios de 2007 a 2009, conforme documentos às fls.17 a 135 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 848,59, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais;
- 2 Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia, sendo devido o ICMS de R\$ 188,04;
- 3 Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 33.986,53, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos citados exercícios, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.
- 4 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 139,66, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.
- 5 Multa, no valor de R\$ 2.097,04, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

- 6 Multa, no valor de R\$ 791,29, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado, às fls. 140 a 174 dos autos, tempestivamente, apresenta sua defesa administrativa, na qual, inicialmente, discorre sobre os princípios: da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade e da tipicidade cerrada, para, em seguida, arguir preliminares de nulidade do processo administrativo fiscal, sob o entendimento de que o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial, uma vez que ensejou em cerceamento ao direito de exercício da ampla defesa, haja vista que os demonstrativos fiscais fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, auto-explicativos, nem são claros, como também, no tocante às infrações 5 e 6, referentes aos exercícios de 2007 e 2008, não forneceu cópia das Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo intitulado “NOTAS FISCAIS ENTRADAS NÃO ESCRITURADAS – CFAMT”, impossibilitando o exercício do contraditório, do que cita jurisprudência.

Também aduz que falta descrição clara e precisa da acusação no Auto de Infração, pois, em relação às infrações 4 e 5, as quais apontam entradas no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, o autuante não forneceu a cópia das Notas Fiscais para que a autuada pudesse verificar a autenticidade das mesmas e se realmente consta como destinatário estabelecimento da empresa. Assim, entende que as infrações não estão caracterizadas e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-las com segurança. Salienta que a infração deve estar bem descrita a fim de possibilitar ao contribuinte que se defenda amplamente do que realmente está sendo acusado, sob pena de cercear o direito de defesa. Cita decisões.

Ressalta exercer a atividade de comércio varejista de tintas, solventes, vernizes e em pequeníssima quantidade de mercadorias a elas correlatas como espátulas, lixas, rolos para pintura, pincéis e estopas, ou seja, das mercadorias comercializadas somente 13% correspondem a mercadorias que sofrem tributação normal pelo ICMS, sendo estranha a exigência de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias de todos os itens comercializados.

No mérito, diz ser a ação fiscal também improcedente, visto que, em relação à primeira infração, as Notas Fiscais de nºs: 28001, 7464, 7466, 595373, 482027, 605612, 30811, 75590, 79147, 432211, 663406, 33950, 48045, 1579, 797106, 798659, 802235, 809825, 812511 e 834571, tiveram seus créditos fiscais corretamente utilizados, não havendo a diferença do ICMS apontada pelo autuante. Já a Nota Fiscal nº 80285, é desconhecida da autuada.

Quanto à segunda infração, aduz reconhecer a exigência fiscal.

Inerente à terceira infração, diz que o autuante cometeu alguns enganos no seu levantamento quando, ao constatar omissão de saídas de mercadorias, não atentou que algumas delas são mercadorias que sofreram a tributação do ICMS pelo regime de substituição tributária e cujas saídas subseqüentes não estão sujeitas à tributação. Assim, requer a exclusão das mesmas, uma vez que, no caso de omissão de saídas destas mercadorias, cabe apenas multa de uma UPF.

No tocante à quarta infração, relativa à diferença de alíquotas de mercadorias destinadas a consumo, diz que a Nota Fiscal de nº 21630 refere-se a entradas cuja natureza da operação de remessa gratuita de bandeiras para campanha publicitária já caracteriza que não houve nenhuma aquisição ou desembolso financeiro pela autuada, como também de que não se trata de material de consumo de uso na empresa. Afirma que o autuante se baseou nas informações contidas em arquivo magnético que registrou a operação de entradas com o código 2556, quando deveria lançar com o código 2949. Já as Notas Fiscais de nº 156175, 157902 e 1676 referem-se a entradas cuja natureza da operação de prestação de serviços já caracteriza que não se trata de mercadoria para consumo, uma vez que a aquisição de bobinas para ECF e de formulários contínuos – impressão de Notas Fiscais, sob encomenda junto a estabelecimento gráfico, não incide ICMS e nem o

pagamento de diferenças de alíquotas, conforme art. 6º, XIV, “d”, item “2”, c/c o art. 7º, III, “a”, do RICMS/BA.

Com referência às infrações 5 e 6, reitera que o autuante não lhe forneceu cópia das Notas Fiscais tidas como não escrituradas. Assim, diante da falta de prova material e do cerceamento de defesa, solicita a nulidade destas infrações.

Por fim, conclui que, no presente processo, existe a falta de certeza e liquidez do lançamento; que não foi carreada aos autos a prova material da acusação fiscal; que o procedimento fiscal não atendeu ao devido processo legal e que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para determinar com precisão as infrações apontadas, razão para requerer que se julguem improcedentes as infrações de nº 1 e 4; nulas as infrações 5 e 6, por falta de prova material; procedente a infração 2 e procedente em parte a infração 3, após as devidas correções no levantamento fiscal. Como provas de suas alegações, anexa documentos às fls. 176 a 391 dos autos.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 394 do PAF, considerando que as alegações de possíveis prejuízos para formulação da peça de defesa em razão do não recebimento das Notas Fiscais tidas como não escrituradas, inerentes às infrações 5 e 6, são parcialmente pertinentes, disponibiliza cópia das 13 (treze) Notas Fiscais identificadas como não escrituradas. Já em relação à infração 3, considerando a inclusão de mercadorias já substituídas no levantamento fiscal, excluiu os itens identificados pelo autuado, gerando novas planilhas, cujas cópias diz disponibilizar ao autuado para exame e pronunciamento, conforme documentos às fls. 396 a 453 dos autos.

Intimado a se pronunciar sobre os documentos acostados aos autos, consoante cópia entregue ao sujeito passivo, o autuado apresenta manifestação, às fls. 458 a 473 dos autos, na qual diz reafirmar em todo o seu teor os argumentos constantes da defesa inicial, do que passa a reproduzir todas as suas alegações de mérito relativas às infrações 1 e 4. Diz que o autuante não contestou na sua informação fiscal os correspondentes argumentos de defesa.

Quanto à infração 3, diz que o autuante acatou as alegações de defesa e refez o levantamento fiscal com exclusão dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Assim, a autuada diz que reconhece a infração nos valores citados nos novos demonstrativos, anexos às fls. 410 a 412 dos autos, a saber: ICMS devido de R\$ 5.650,11, referente ao exercício de 2007; de R\$ 1.681,62, ao exercício de 2008, e de R\$ 14.878,91, ao exercício de 2009.

Inerente às infrações 5 e 6, aduz que, após examinar as cópias das Notas Fiscais disponibilizadas pelo autuante, concluiu que o mesmo não tem razão em relação às Notas Fiscais de nº. 44761; 75590; 32595; 26995; 131642; 613860; 613854 e 12391, as quais se encontram devidamente registradas. Quanto às Notas Fiscais constantes nas fls. 405 e 407 dos autos, diz que não se tratam de aquisição de mercadorias e sim de operação de prestação de serviços. Já em relação às Notas Fiscais de nº 487523 e 97997 e de número ilegível, à fl. 406, diz reconhecer a infração.

Por fim, pede que se julguem improcedente as infrações de nº 1, 4 e 5 (cujas todas as notas foram comprovadas que estão devidamente escrituradas); procedente a infração 2 que foi reconhecida pelo autuado e procedente em parte a infração 3 (com as devidas correções efetuadas pelo autuante) e a infração 6 (com a exclusão dos valores das Notas Fiscais que foram devidamente registradas).

O autuante, às fls. 479 a 481 dos autos, aduz que, em relação às infrações 1 e 4, acata as alegações de defesa, corroboradas pelos documentos apensados pelo defendente. Assim, considera indevida a cobrança dos valores relacionados para as referidas infrações.

Quanto à segunda infração, diz que o contribuinte reconheceu como devidos os valores exigidos.

Inerente à terceira infração, cujo valor histórico apurado é de R\$ 33.986,53, em razão das alegações de defesa, o autuante gerou novos relatórios, relativos às omissões de saídas do estoque de mercadorias, às fls. 410 a 412, com redução dos valores de ICMS de R\$ 5.650,11, para o exercício de

2007; R\$ 1.681,82, para o exercício de 2008, e R\$ 14.878,91, para o exercício de 2009. Tendo o autuado reconhecido como devidos os novos valores.

No tocante à quinta infração, no valor de R\$ 2.097,04, o autuante diz acatar as alegações de defesa, às fls. 470 a 472, onde comprova que as Notas Fiscais relacionadas à fl. 23 dos autos foram devidamente escrituradas, com exceção da Nota Fiscal de nº 140.567, no valor de R\$ 2.044,90, conforme cópia à fl. 471, consoante foi reconhecido na segunda peça de defesa. Assim, para a mencionada infração, o valor devido da multa é de R\$ 204,49.

Por fim, no tocante à sexta infração, o autuante acata as alegações de defesa, corroborado pelos documentos apensados na primeira manifestação, através de cópia do livro Registro de Entradas e ratificada na nova peça de defesa, às fls. 470 a 472. Assim, diante das alegações de defesa, foi considerada a necessidade de gerar novo demonstrativo, diante das evidências apresentadas acerca das Notas Fiscais de nº 1800 e 150734, que inicialmente foram registradas como entradas de mercadorias tributadas e objeto da infração 5. Contudo, tais Notas Fiscais não foram efetivamente escrituradas, como reconhece o contribuinte, sendo assim, tais valores passaram a ser objeto da infração 6, com a imputação da multa de 1%, remanescendo o valor de R\$ 498,60, para o item 6.

Em razão da alteração do valor da infração 6, passando as Notas Fiscais nº 1800 e 150734 a integrar a base de cálculo da mencionada infração, com a consequente exclusão das mesmas da base de cálculo relativa à infração 5, entende o autuante ser recomendável que o contribuinte tenha ciência de tal alteração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, conforme cópia dos documentos às fls. 479 a 481 dos autos, para querendo se manifestar, o sujeito passivo não se pronuncia.

## **VOTO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 38.051,15, relativo a seis irregularidades, tendo o autuado impugnado todas as infrações, com exceção da segunda, a qual reconhece como devida a quantia exigida, sendo, portanto, subsistente esta exação fiscal.

Inicialmente, há de se salientar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, haja vista que o lançamento de ofício contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, todas as infrações apuradas, pois as acusações fiscais estão lastradas em demonstrativos e documentos fiscais, tendo os mesmos, quando do saneamento do processo, sido entregues cópia ao autuado, o qual, nesta oportunidade, exerceu o pleno direito de defesa.

No mérito, quanto à primeira infração, cuja acusação é de que o autuado se utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, consoante demonstrativo à fl. 17 dos autos, o autuado, quando da sua defesa, às fls. 162 a 167 dos autos, lista e comprova que todas as Notas Fiscais, objeto desta acusação fiscal, foram devidamente registradas e que os valores dos créditos fiscais correspondentes foram corretamente apropriados, fato este reconhecido pelo próprio autuante, quando da sua informação fiscal, à fl. 479 dos autos. Assim, diante das provas documentais, ou seja, da cópia do livro Registro de Entradas, às fls. 177 a 350 dos autos, constando os lançamentos das aludidas Notas Fiscais, restou comprovada a insubsistência da exigência fiscal.

No tocante à terceira infração, relativa à exigência do imposto por omissão de saídas apurada através de auditoria de estoque nos exercícios de 2007 a 2009, consoante demonstrativos às fls. 19 a 21, o autuante reconheceu a procedência da alegação de defesa de que algumas das mercadorias, objeto do levantamento fiscal, sofreram a tributação do ICMS pelo regime de substituição tributária e, em consequência, as correspondentes saídas subsequentes não estavam sujeitas à tributação. Assim, após exclusão de tais itens, conforme documentos às fls. 410 a 453 dos autos, o preposto fiscal apurou os valores remanescentes do ICMS devido de R\$ 5.650,11, R\$ 1.681,82 e R\$ 14.878,91, para os exercícios de 2007 a 2009, respectivamente, de cujo resultado foi cientificado o contribuinte,

tendo o mesmo reconhecido o débito remanescente. Assim, diante de tais provas materiais, subsiste em parte a infração no montante de R\$ 22.210,84.

Inerente à quarta infração, relativa à exigência do ICMS decorrente da diferença de alíquotas, conforme demonstrativo à fl. 22 dos autos, o autuado defende-se sob a alegação de que a Nota Fiscal nº 21630 (fl. 374) refere-se à entrada cuja operação de remessa gratuita de bandeirolas para campanha publicitária já caracteriza que não houve nenhuma aquisição ou desembolso financeiro pela autuada, como também de que não se trata de material de consumo de uso na empresa, assim como que as Notas Fiscais de nº 156175, 157902 e 1676 (fls. 375/377) referem-se a entradas cuja natureza da operação de prestação de serviços já caracteriza que não se trata de mercadoria para consumo, uma vez que a aquisição de bobinas para ECF e de formulários contínuos – impressão de Notas Fiscais, sob encomenda junto a estabelecimento gráfico, não incide ICMS e nem o pagamento de diferenças de alíquotas, conforme art. 6º, XIV, “d”, item “2”, c/c o art. 7º, III, “a”, do RICMS/BA. O autuante, por sua vez, quando da sua informação fiscal, acolhe o argumento de defesa e considera indevida a cobrança.

Vislumbro que os argumentos defensivos acerca da Nota Fiscal de nº 21630, à fl. 374 dos autos, não elidem a exigência fiscal relativa à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, pois, o fato de se tratar de operação de remessa gratuita e de o autuado não ter realizado desembolso financeiro na sua aquisição não o exime do recolhimento da diferença de alíquota, ora exigida, uma vez que, por se tratar de bandeirolas para campanha no seu estabelecimento, se caracteriza como material de uso e, em consequência, sujeito à referida exação fiscal, já que, no documento fiscal, houve o destaque de imposto correspondente à alíquota de 7% sobre o valor de R\$ 42,24, sendo devido o imposto de R\$ 4,22, correspondente a 10% da diferença de alíquota, conforme originalmente exigido. Entretanto, no que diz respeito às Notas Fiscais de nº 156175, 157902 e 1676, às fls. 375 e 377, relativas a material gráfico sob encomenda, em cujas operações não incidem ICMS, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, consoante previsto no art. 7º, III, “a”, do RICMS/BA. Assim, diante de tais considerações, subsiste em parte a quarta infração no valor de R\$ 4,22.

Em relação à quinta infração, na qual se exige a multa de R\$ 2.097,04, correspondente ao percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo à fl. 23 dos autos, restou comprovado o registro das Notas Fiscais de nº: 613860; 613854; 12391; 26695; 32595 e 75590, consoante descrito às fls. 471 e 472 dos autos, as quais foram devidamente excluídas do montante exigido. Quanto às Notas Fiscais de nº 1800 e 150734, às fls. 405 e 407, por se tratar de material gráfico sob encomenda, o qual não incide ICMS, não cabe a penalidade aplicada de 10% sobre o valor comercial, mas, sim, de 1%, conforme art. 42, inciso XI, da Lei nº. 7.014/96. Assim, a infração remanesce no valor de R\$ 204,49, inerente a 31/12/2007, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 140567, à fl. 406, não registrada. Item subsistente em parte.

Quanto à sexta infração, na qual exige a multa de R\$ 791,29, correspondente ao percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo à fl. 23 dos autos, restou comprovado que as Notas Fiscais de nº 487523; 97997; 1800 e 150734 não foram registradas, sendo devida a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória de R\$ 498,60, em 31/12/2007.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 23.106,19, conforme a seguir:

Infração	Vlr. A. I.	Decisão	Resultado
1	848,59	-	Improcedente
2	188,04	188,04	Procedente
3	33.986,53	22.210,84	P. em Parte
4	139,66	4,22	P. em Parte
5	2.097,04	204,49	P. em Parte

6	791,29	498,60	P. em Parte
Totais	38.051,15	23.106,19	

Obs.

1. Infração 3: R\$ 5.650,11, R\$ 1.681,82 e R\$ 14.878,91, respectivos aos exercícios de 2007, 2008 e 2009;
2. Infração 4: R\$ 4,22 relativo à data de vencimento de 09/02/2008;
3. Infração 5: R\$ 204,49, inerente à data de vencimento de 31/12/2007;
4. Infração 6: R\$ 498,60, referente à data de vencimento de 31/12/2007.

## 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 **206837.0012/11-9**, lavrado contra **L G FORTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.403,10**, acrescido das multas de 60% sobre R\$192,26 e 70% sobre R\$22.210,84, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e os dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$703,09**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR