

A. I. Nº - 298578.0003/12-5
AUTUADO - A D R DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 03. 05. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-01/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fatos parcialmente demonstrados nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se os valores das multas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fato reconhecido pelo sujeito passivo, que apenas solicitou a dispensa da multa. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal ao comprovar a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela autuante. A própria autuante na informação fiscal admite ter incorrido em equívocos e refaz os cálculos, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infrações reconhecidas. Não acolhidas as preliminares de nulidade do lançamento de ofício atinente às infrações 01,02 e 03. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$111.149,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$19.237,64, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a Notas Fiscais eletrônicas recebidas e não lançadas no LRE, além de não terem sido incluídas no arquivo Sintegra;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.734,69, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

3. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, março, maio, julho a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, março a junho, agosto, outubro e dezembro de 2011, no valor de R\$11.843,21;

4. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353, I, II, do RICMS/BA], nos meses de dezembro de 2008, fevereiro a outubro e dezembro de 2009, janeiro, março, abril, junho, agosto, novembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$72.005,16, acrescido da multa de 60%;

5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2009 e 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.776,61, acrescido da multa de 70% e 100%;

6. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo como percentuais de margem valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2009 e 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.551,82, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 641 a 655 – vol.II) consignando, inicialmente, que reconhece integralmente as infrações 05 e 06 e parcialmente a infração 04, inclusive que solicitou parcelamento em tempo hábil, cujo pagamento se encontra em curso. Rechaça integralmente as infrações 01,02 e 03.

Argui a nulidade da infração 01, afirmando que a autuante cometeu vários equívocos ao selecionar as notas fiscais que compõem o relatório “RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS RECEBIDAS E NÃO LANÇADAS” dos anos de 2009, 2010 e 2011, equívocos estes que discrimina abaixo:

- notas fiscais que se encontram devidamente registradas nos livros Registro de Entradas, bem como nos arquivos Sintegra e com os impostos recolhidos, conforme cópia, em anexo, das notas fiscais e das páginas dos livros em que estão registradas;

- vários itens relacionados nas planilhas que originaram esta infração estão em duplicidade, aumentando o suposto crédito fiscal, conforme cópia planilha anexa;

- notas fiscais relacionadas no supracitado relatório, que têm emissão para o CNPJ 10.478.591/0001-60 (CNPJ da própria Autuada), de CFOP 5.910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde, emitidas pela própria empresa para o seu CNPJ, ou seja, a empresa emitiu nota fiscal para ela mesma, não gerando assim a obrigatoriedade de registrar esta operação no Livro Registro de Entradas, visto que estas mercadorias estavam regularmente registradas e com seus impostos devidamente destacados e recolhidos, tanto pelas entradas, quanto pelas saídas, conforme cópia em anexo;

- d) como se não bastasse os graves erros relacionados acima, a autuante em nenhum momento, durante o período de fiscalização e finalização do Auto de Infração, apresentou cópia das referidas notas fiscais, supostamente faltantes na sua escrita fiscal, para a devida verificação, caracterizando assim, cerceamento do seu direito de defesa.

Conclui requerendo a anulação da infração 01.

No que tange à infração 02, diz que a autuante incorreu nos mesmos equívocos apontados na infração 01, concluindo também pela anulação da infração 02.

Relativamente à infração 03, observa que apesar do equívoco existente na apuração final, como

demonstrado no quadro do corpo desta infração, aparece o resultado de forma clara e evidente do valor ter sido recolhido, reconhecendo a autuante que os documentos eram registrados na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, como demonstrado, sendo o valor total relativo à infração de R\$11.843,21.

Frisa que o Fisco cumpre o seu mister vinculado ao princípio da legalidade que embasa os procedimentos administrativos, mas nem por isso deve-se deixar de observar e arguir quanto à aplicabilidade das multas impostas (apesar de decorrerem de leis vigentes), posto que à toda evidência caracterizam um verdadeiro excesso, um verdadeiro desvio de finalidade, violando a nossa Constituição Federal e os princípios jurídicos e legais que devem reger tais procedimentos.

Aduz que o caráter confiscatório das multas impostas aos contribuintes decorrem da violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Acrescenta que é evidente que não houve nenhuma intenção em afetar aos cofres públicos, conforme demonstrado no quadro ilustrativo do Auto de Infração anexo, logo não há razão de se presumir má-fé objetiva por sua parte pelas razões aludidas.

Alega que paga rigorosamente a antecipação parcial nos prazos previstos, conforme quadro demonstrativo do Auto de Infração, contudo, a autuante no seu entendimento aplicou a multa referente ao atraso no pagamento da diferença da antecipação parcial.

Ressalta que em nenhum momento agiu com dolo, fraude ou simulação e que o imposto fora pago corretamente, motivo pelo qual entende que houve injustiça quanto à severidade da aplicação da multa, uma vez que fora pago ao final o valor pretendido da operação, devendo desse modo ser anulada a infração.

Discorre sobre os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da verdade material e da tipicidade cerrada. Requer a dispensa da multa referente à obrigação acessória, invocando e reproduzindo o art. 915, §6º, do RICMS; art. 158 do RPAF/99; art. 42, § 7º e 8º, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a exegese que se extrai dos dispositivos dos artigos acima referidos não oferece nenhuma dúvida que cumpriu com suas obrigações fiscais.

Alega que sempre manteve boas relações com o Fisco, tratando-se de um equívoco que quer se retratar e demonstrar a incompREENSÃO por parte da autuante quanto à aplicabilidade da multa. Cita e transcreve, nesse sentido, o Acórdão nº 0391-11/07.

Menciona que se sente injustamente cobrado por algo inexistente, pleiteando que sejam acolhidas as razões expostas.

No respeitante à infração 04, diz que concorda parcialmente com a autuação, tendo em vista que a autuante cometeu vários equívocos, conforme identifica abaixo:

- incluiu em suas planilhas de cálculos notas fiscais em duplicidade;
- glosou todos os créditos das notas fiscais de CFOP 2.910 - entradas de bonificação, doação ou brinde e CFOP 2.911 - entrada de amostra grátis;
- deixou de abater do valor apurado diversos pagamentos efetuados, com códigos 1145 e 1187, no período de 2008 a 2011;
- incluiu para cálculo do imposto várias notas fiscais de outras Unidades da Federação, utilizando como fato gerador a data de emissão, principalmente, em meses de finais de exercícios, notas estas que se encontram devidamente escrituradas e com seus respectivos impostos pagos no mês subsequente, quando houve a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento.

Observa que anexou planilhas com demonstração dos equívocos cometidos pela Fiscalização referente a esta infração.

Conclui requerendo que seja reconhecida a nulidade das infrações 01, 02 e 03, em consonância com as arguições apresentadas ou, a improcedência. Requer também que seja dispensada a multa

referente a obrigação acessória apontada na infração 03, e que seja julgada procedente em parte a infração 04. Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 893 a 896), consignando quanto às alegações defensivas atinentes às infrações 01 e 02, que, de fato, as Notas Fiscais nºs 282, 821, 822, 197 e 1969, foram registradas no mês subsequente à sua emissão, razão pela qual foram excluídas da exigência fiscal.

No que tange à alegação de que existem itens duplicados na “Relação de Notas Fiscais Recebidas e Não Lançadas – 2009”, diz que é procedente. Esclarece que foram feitas as correções necessárias no documento anexado.

Com relação às notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, no CFOP 5910 e não registradas, afirma que todas as operações do contribuinte, independentemente do CFOP, devem ser registradas nos livros fiscais próprios. Acrescenta que referida obrigação não está relacionada ao fato de a operação ser ou não tributada.

No tocante à alegação do autuado de que em nenhum momento houve a apresentação de cópia das referidas notas fiscais, supostamente faltantes na escrita fiscal, ressalta que na “Relação de Notas Fiscais Recebidas e Não Lançadas – exercícios de 2009 a 2011”, constam apenas notas fiscais eletrônicas. Acrescenta que o relatório traz a chave de acesso da NFe, o que possibilita consulta a qualquer momento pelo autuado, inexistindo necessidade de imprimir cópia dessas notas, uma vez que o acesso é livre a qualquer tempo pelo autuado, no site da SEFAZ/BA. Esclarece que pela chave de acesso o contribuinte visualiza o DANFE, que é o documento que espelha as informações constantes na Nota Fiscal Eletrônica.

Salienta que alterou as referidas relações, excluindo as notas fiscais em duplicidade, além daquelas com registro comprovado no livro Registro de Entradas, conforme demonstrativos que apresenta (fls. 894/895), passando o valor da infração 01 para R\$2.586,72 e da infração 02 para R\$831,63.

No respeitante à infração 03, diz que o autuado traz questionamentos jurídicos relativos ao caráter confiscatório da multa, além de analisar princípios que devem ser objeto de análise noutra esfera.

Ressalta que o pagamento antecipado do ICMS, no caso de mercadorias oriundas de outros Estados, não configura obrigação acessória, mas sim principal.

Afirma que dentro da área de atuação da Fiscalização o autuado nada trouxe capaz de alterar os valores exigidos neste item da autuação.

Quanto à infração 04, observa que as alegações do autuado foram verificadas e as planilhas respectivas sofreram alterações com a inclusão dos créditos de ICMS constantes nas notas fiscais de bonificação, doação, brinde e amostra grátis, além de terem sido excluídas notas fiscais em duplicidade e aquelas que foram registradas pelo contribuinte no exercício seguinte.

Observa que após as alterações efetuadas, o valor da infração 04 foi reduzida para R\$11.587,07, conforme planilha que anexa. Registra que as notas fiscais que se encontram em negrito tiveram a data de emissão alterada para o primeiro dia do mês subsequente, em razão de terem sido emitidas no final do mês.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$33.177,06.

Cientificado sobre o resultado da informação fiscal (fl. 993), o autuado não se manifestou.

Constam às fls. 995 a 997, extrato do SIGAT referente ao pagamento parcelado do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 06 infrações à legislação do ICMS, dentre as quais o autuado reconheceu integralmente as infrações 05 e 06 e parcialmente a infração 04, tendo inclusive efetuado o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido, conforme comprovante

acostado aos autos. Impugnou integralmente as infrações 01,02 e 03 e parcialmente a infração 04.

Inicialmente, cabe-me apreciar as arguições de nulidade das infrações 01,02 e 03, suscitadas pelo autuado.

No que tange à nulidade atinente às infrações 01 e 02, certamente que os equívocos apontados pelo impugnante dizem respeito ao mérito da autuação, motivo pelo qual serão objeto de análise mais adiante.

Em verdade, o único tópico suscitado pelo autuado que diz respeito, efetivamente, a preliminar de nulidade é alegação de que a autuante em nenhum momento, durante o período de fiscalização e finalização do Auto de Infração, apresentou cópia das notas fiscais, supostamente não escrituradas na sua escrita fiscal, para a devida verificação, caracterizando assim, cerceamento do seu direito de defesa.

Quanto a essa arguição entendo que não merece prosperar, haja vista que, conforme muito bem consignado pela autuante, na “Relação de Notas Fiscais Recebidas e Não Lançadas – exercícios de 2009 a 2011” constam apenas notas fiscais eletrônicas, cuja chave de acesso identificada no referido relatório, possibilita consulta a qualquer momento pelo autuado, inexistindo necessidade de imprimir cópia dessas notas, uma vez que o acesso é livre a qualquer tempo pelo autuado, no site da SEFAZ/BA. Ou seja, pela chave de acesso o contribuinte visualiza o DANFE, que é o documento que espelha as informações constantes na Nota Fiscal Eletrônica.

E tanto é assim que o próprio autuado identificou a existência de notas fiscais que se encontram devidamente registradas nos livros Registro de Entrada de Mercadorias, assim como notas fiscais emitidas pela própria empresa.

Certamente que sendo possível ao contribuinte utilizar a chave de acesso referente as notas fiscais arroladas no levantamento realizado pela Fiscalização, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Desse modo, não vislumbro a ocorrência do alegado cerceamento do direito de defesa, portanto, vício capaz de inquinar de nulidade as infrações 01 e 02.

No respeitante à arguição de nulidade da infração 03, pelo caráter confiscatório da multa apontada neste intem da autuação, portanto, por ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, também não há como prosperar a arguição defensiva, haja vista que se trata de multa prevista na Lei nº 7.014/96, não cabendo ao aplicador no âmbito administrativo a apreciação de tal argumentação.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade atinente às infrações 01,02 e 03.

No mérito, relativamente às infrações 01 e 02, verifico que a autuante na informação fiscal acatou parcialmente as alegações defensivas, excluindo da exigência as notas fiscais lançadas em duplicidade, assim como aquelas devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, passando o valor da infração 01 para R\$2.586,72 e da infração 02 para R\$831,63, conforme demonstrativos de fls. 894/895, apresentados pela autuante.

Relevante registrar que na sessão do julgamento o representante do autuado, no exercício do direito de sustentação oral, esclareceu que reconhecia as infrações 01 e 02, conforme o resultado apresentado na informação fiscal prestada pela autuante, inclusive que efetuara o pagamento do valor do débito reconhecido.

No que diz respeito à infração 03, observo que a infração restou comprovada, pois admitida pelo próprio autuado.

Na realidade, o inconformismo do impugnante diz respeito à aplicação da multa, sob a alegação de que recolheu o imposto, portanto, que agiu de boa-fé, motivo pelo qual requer a dispensa da penalidade, invocando, nesse sentido, o art. 915, §6º, do RICMS, art. 158 do RPAF/99, art. 42, § 7º e 8º, da Lei nº 7.014/96.

No presente caso, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que restou comprovado o recolhimento intempestivo do imposto devido, portanto, o cometimento da ilicitude apontada neste item da autuação. Infração mantida.

No tocante à infração 04, noto que apesar de haver reconhecido parcialmente o cometimento da irregularidade apontada, o autuado alega que a autuante incorreu em diversos equívocos, isto é, computou notas fiscais em duplicidade em suas planilhas de cálculos; glosou todos os créditos das notas fiscais de CFOP 2.910 - entradas de bonificação, doação ou brinde e CFOP 2.911 - entrada de amostra grátis; deixou de abater do valor apurado diversos pagamentos efetuados, com códigos 1145 e 1187, no período de 2008 a 2011; incluiu para cálculo do imposto várias notas fiscais de outras Unidades da Federação, utilizando como fato gerador a data de emissão, principalmente, em meses de finais de exercícios, notas estas que se encontram devidamente escrituradas e com seus respectivos impostos pagos no mês subsequente, quando houve a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento.

Verifico também que a autuante na informação fiscal acatou as alegações defensivas, efetuando as devidas correções nas planilhas respectivas, incluindo os créditos fiscais constantes nas notas fiscais aduzidas pelo impugnante, excluindo as notas fiscais lançadas em duplicidade e aquelas que foram registradas pelo contribuinte no exercício seguinte, passando o valor desta infração para R\$11.587,07, conforme demonstrativo acostado aos autos.

Vale registrar que o impugnante reconheceu o valor apontado na informação fiscal e efetuou o pagamento.

Diante do exposto, as infrações 03,05 e 06 são integralmente subsistentes e as infrações 01,02 e 04, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298578.0003/12-5, lavrado contra **A D R DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.915,50**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$13.138,89, 70% sobre R\$399,54 e de 100% sobre R\$4.377,07, previstas no art. 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$15.261,56**, previstas no art. 42, IX, XI, II, alínea “d”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do pagamento efetuado.

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, 11 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR