

A. I. N º - 206984.0004/11-5  
AUTUADO - VITALY FOODS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - HUMBERTO LIMA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 20/08/2013

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0182-03/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. As alegações apresentadas pelo impugnante foram insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração insubstancial. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exclusão pelo autuante de notas fiscais comprovadamente escrituradas e incluídas por equívoco no levantamento fiscal reduziu o débito apurado em ambas as infrações. Infrações parcialmente caracterizadas. Afastadas as arguições de nulidade. Indeferida nova solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 30/12/2011, para exigir crédito tributário, no valor total de R\$140.378,39, em razão dos seguintes fatos:

1. Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro a agosto de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$29.680,53, acrescido da multa de 60%. Consta que *"Referente a produtos cujas saídas são beneficiadas com a dispensa do lançamento e o pagamento do imposto de acordo com o parágrafo 5º incisos II e III do Art. 353 do RICMS/97"*.
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de março, abril e de dezembro de 2008 e março e abril de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$43.776,26, acrescido da multa de 60%.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês janeiro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$153,48, acrescido da multa de 60%.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho e agosto a dezembro de 2008, março a maio e julho de 2009. Foi indicada multa no montante de R\$64.865,43, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2008, abril a agosto e novembro de 2009. Foi indicada multa no montante de R\$1.902,69, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por meio de seu advogado, apresenta defesa fls. 239 a 246, de início, requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado, sob pena de nulidade.

Em preliminar, suscita nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, posto que o autuado teve seus documentos arrecadados para a ação fiscal, os quais somente foram devolvidos em 24/01/12, ou seja, depois da intimação do autuado, que teve lugar dia 11/01/12. Nessas circunstâncias, afirma ter ocorrido ofensa Ao devido processo legal e ficando caracterizada a ofensa ao direito de defesa. Junta jurisprudência do CONSEF (ACORDÃO CJF N° 0033-12/05 - A.I. N° 2067660009040 – REL. CESAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - Recorrente - MAX SUPERMERCADO LTDA).

No mérito, menciona que o lançamento merece reparos em relação às parcelas cobradas. No que se refere ao item 01, afirma que o autuado nunca mantém os créditos sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que, eventualmente, sejam vendidas com isenção, não-incidência ou redução de base de cálculo, se apropriando de forma definitiva apenas das compras cujas saídas posteriores não gozam de qualquer benefício que afete a carga tributária.

Diz que de acordo com a documentação anexa, composta por do LRAICMS e de DMAs, alega que sempre estornou os créditos relativos a mercadorias vendidas com afetação à carga tributária, inclusive pela redução da base de cálculo em relação aos produtos normalmente tributados (linguiças etc.), os créditos foram mantidos. Sustenta que não houve, manutenção indevida de crédito, o que se comprova com a documentação anexa. Diz ser necessária revisão fiscal mediante diligência.

Em referência ao item 02, observa que a autuação não levou em consideração os pagamentos efetuados através da Denúncia Espontânea nº 600000.2601/08-0, conforme cópia anexa, fl. 279, englobando as Notas Fiscais nºs 14796, 941 e 451, respectivamente de março e abril de 2008. Vislumbra que a Nota Fiscal nº 14796, da Leon Heimer S/A, foi lançada no LRE, com seus reflexos no LRAICMS, em 02/2008. Assinala que o autuante fez a apuração considerando-a para o mês 03/2008, e não observou o lançamento no LRE mês 02/2008, bem como o parcelamento feito para complementar o ICMS do diferencial de alíquota da referida nota fiscal.

Em relação à Nota Fiscal nº 0941, da Carpintaria Arauá Ltda, diz que foi lançada para o mês 03/2008, mas também fez parte do complemento pago através do parcelamento acima mencionado, via denúncia espontânea, juntamente com outros débitos apurados, pois os recolhimentos, referenciados nas Apurações de ICMS dos meses 02/2008 e 03/2008, que foram efetuados a menos.

No que concerne a Nota Fiscal nº 451, da Agro Suínos Continental Ind.e Com. Ltda., destaca que foi lançada no mês 04/2008 e não foi apurado o ICMS diferença de alíquota. Entretanto, afirma que ter sido recolhido junto com o valor referente ao mês 04/2008, de acordo com a documentação anexa, que demonstra pagamento a maior do que o imposto normal apurado no mesmo período. Além disso, destaca que a mercadoria comprada da empresa Agro Suínos Continental Ind. e Com. Ltda, está enquadrada no Convênio ICMS 52/91, anexo II, contando com redução de base de cálculo, tudo em consonância, ainda, com o Decreto nº 6.284/97.

Quanto à Nota Fiscal nº 4501 da empresa Geza Ltda., sustenta que foi lançada, por equívoco, pelo autuado, no LRE e no Livro CIAP de sua filial, com Inscrição Estadual nº 73.903.640, consoante documentação anexa, sendo a diferença de alíquota recolhida via a denúncia espontânea nº 600000.0135/09-0, em 15/01/2009, que englobou além da diferença apurada, outros valores. Relata que fato idêntico também ocorreu com a Nota Fiscal nº 1539, da Indumax Ind. e Com. de

Capacitores Ltda., que foi escriturada e paga a complementação, referência 03/2009, na filial, conforme LRE e Apuração de ICMS anexos.

Em referência às Notas Fiscais nºs 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 150663, todas da Heatcraft do Brasil Ltda., afirma que houve o pagamento da diferença de alíquota sobre os ativos fixos, escriturados nos livros fiscais próprios. Explica ainda que os bens foram inicialmente adquiridos pela filial I.E. nº 73.903.640, sendo registradas no correspondente LRE, fl. 305, da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7, em 09/12/2008. Prossegue afirmando que ato contínuo, tendo obrigações com o seu fornecedor, eis que não conseguiu quitar os equipamentos comprados, realizou, junto à Heatcraft do Brasil e bancos, contratos de créditos para o financiamento dos mesmos bens, ocasionando a devolução. Acrescenta que em janeiro de 2009, ocorreu a devolução de 90% dos equipamentos para a Heatcrafit, com posterior emissão notas fiscais, em 03/2009, para fins dos financiamentos dos bens. Entretanto, a emissão dessas novas notas fiscais foi feita contra a Inscrição Estadual nº 73.903.640 (filial) e a liberação do financiamento só poderia ser feita pela Inscrição Estadual nº 40.118.637 (matriz/autuada). Assevera que por força do erro, nova devolução foi feita em 04/2009 (registradas no LRE da filial – prova anexa) e a Heatcraf, no mesmo mês, emitiu outras notas fiscais em nome da Inscrição correta (Matriz), tudo conforme documentos anexos.

Esclarece ainda que, as últimas notas, justamente as que serviram de base para a autuação, foram equivocadamente escrituradas nos livros fiscais da filial e, por via conexa, não apareceram nos livros do estabelecimento autuado. Afirma que o pagamento da complementação da alíquota foi realizado de forma anterior, podendo por isso ser penalizado apenas por erro formal, em relação à escrituração fiscal, restando claro que os pagamentos foram feitos e não há o porquê de se cobrar diferença de alíquota sobre os bens em questão. Diz que em circunstâncias semelhantes, o CONSEF (ACORDÃO JJF Nº 0189-02/06 - AI Nº 1706230019055), não obstante o princípio da autonomia dos estabelecimentos, tem decidido pela aplicação de multa formal.

Registra que em relação ao equipamento comprado via Nota Fiscal nº 1743, da Polifrio do Nordeste Ltda, em 04/2009, que igualmente foi objeto de devolução e financiamento, a operação se encontra circunscrita aos termos do Convênio ICMS 52/91 (e seu Anexo I) e art. 72, II e 77, II, do RICMS. Esclarece que essa operação refere-se a aquisição de uma “unidade frigorífica industrial”, CF 841.86.999, constante do item 14.2, do Anexo I ao Convênio ICMS 52/91, sendo que os benefícios correspondentes, de acordo com a Cláusula Quinta, se aplicam à questão da diferença da alíquota.

Quanto à infração 03, afirma ser ineficaz a imputação, pois na medida em que a Nota Fiscal nº 146558, em anexo, foi emitida contra estabelecimento diverso, do autuado.

No que concerne à infração 04, diz que a multa de 10% não pode subsistir, posto que as notas listadas e que constam do Auto de Infração se referem a compras de mercadorias de uso e consumo e de bens para o ativo imobilizado, hipótese em que, no máximo, caberia a sanção de 1%, conforme nova interpretação do art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96, em consonância com o anexo Parecer da PGE/PROFIS e decisões do CONSEF (ACORDÃO JJF Nº 0006-01/05 - AI 2764680028040 – REL. MARCELO MATTEDE E SILVA – Autuado - J.R. TRANSPORTES LTDA; ACÓRDÃO CJF Nº 0239-12/09 – 2ª CJF).

Assevera que as compras para uso/consumo e ativo fixo não mais se encontram na cadeia de tributação, em relação às Notas Fiscais nºs 1539, 1743, 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774, que foram utilizadas de forma concomitante para a cobrança do item 02 deve ser aplicada a regra da absorção da pena acessória pelo descumprimento da obrigação principal, se afastada a arguição acima e mantido o item 02, no tocante às notas coincidentes.

Alega que as Notas Fiscais nºs 33683, 107112, 33817, 33825, 9002, 34312, 58457 e 109510, foram lançadas na escrita fiscal do autuado, conforme LRE anexo e, as Notas Fiscais nºs 9172, 9173, 9741, 38519, 43717 e 30535, foram equivocadamente lançadas no estabelecimento filial (LRE anexo), o que, apesar do vício, elide a acusação. Insta observar ainda as circunstâncias que envolvem as

Notas Fiscais nºs 1743, 149739, 140740, 149741, 149772 e 149774, explicada na defesa relativa ao item 02, que denota devoluções, financiamentos etc.

No que tange o item 05, afirma ser procedente em parte a infração, pois já providenciou a devida quitação do valor reconhecido, estando as Notas Fiscais nºs 493, 510, 520, 549, 626 e 10730, em consonância com o LRE anexo, devidamente lançadas.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão para alcançar a verdade material, determinando a conferência dos estornos realizados (item 01), a regularidade das operações relativas ao item 02 e os pagamentos via parcelamentos e da escrituração fiscal (itens 04 e 05).

Pede pela Nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, pela Improcedência das parcelas contestadas do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada, fls. 440 a 446, de início, o autuante refuta a preliminar de nulidade suscitada, sob a alegação de que houve cerceamento de defesa, pelo fato dos documentos entregues para a fiscalização somente terem sido devolvidos no dia 24/01/2012, ou seja, depois da ciência do Auto de Infração ocorrida em 11/01/2012.

Esclarece que após o encerramento das fiscalizações nem sempre os documentos, solicitados e recebidos pelo fisco para a realização das auditorias, são retirados de imediato pelo contribuinte ou por quem toma ciência do resultado da ação fiscal ou assina o Auto de Infração. Acrescenta, ressaltando que nesses casos, quando os documentos não são retirados no ato da ciência, o que aconteceu com a empresa autuada, é praxe solicitar aos seus representantes que os retire da repartição no mais breve espaço de tempo possível, por se tratar de determinação superior e em razão do pequeno espaço físico disponível no depósito da Inspetoria destinado para a guarda de livros e documentos da fiscalização. Afirma que essa prática foi também utilizada no caso do autuado. Diz que, como a solicitação não foi atendida no prazo esperado, fez contatos via telefone com a empresa e com a contabilidade apelando para o cumprimento da obrigação, o que somente aconteceu no dia 24/01/2012.

Assinala que a alegação de cerceamento de defesa, não faz sentido e não deve ser acatada. Ressalta que, além disso, no ato da ciência do Auto de Infração, foram entregues, aos representantes do contribuinte, cópias de todos os documentos e demonstrativos elaborados no transcorrer da fiscalização, permitindo assim, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ao contestar os argumentos da defesa em relação à infração 01, afirma que os argumentos apresentados não condizem com a realidade, pois o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de mercadorias cujas saídas internas, própria e subsequentes são beneficiadas com a dispensa do lançamento e o pagamento do imposto (produtos resultantes do abate de gados), de acordo com o que determina os incisos II e III do parágrafo 5º do art. 353 e inciso III do Art. 355 do RICMS-BA/97.

Destaca que exame nas cópias dos livros Registros de Entradas e Apuração do ICMS, fls. 134 a 167 e 186 a 209, pode-se constatar que o contribuinte lançou e creditou indevidamente do ICMS constante das notas fiscais de compras de mercadorias beneficiadas com a dispensa do pagamento do imposto.

Reitera que o estorno de crédito efetuado pela empresa se trata das vendas das mercadorias e saídas com destino a outros Estados da Federação, cujas notas fiscais devem ser emitidas com o destaque do imposto, porém, sem ônus tributário para o emitente para que seja permitido o creditamento do imposto pelos adquirentes, conforme determina a alínea “b” do inciso II do §5º do art. 353 do RICMS-BA/97, acima citado.

Registra que o autuado elaborava mensalmente um demonstrativo no qual relacionava todas as notas fiscais de saídas para outros Estados, com o objetivo de apurar o montante do estorno de crédito a ser apropriado no período. Diz que seu argumento fica demonstrado através de cópias de algumas notas fiscais de saídas interestaduais, objeto de observação, e do Demonstrativo do

Estorno de Crédito, elaborado pelo contribuinte no mês de junho de 2008, onde constam relacionadas às referidas notas fiscais, fls. 447 a 454. Mantém a autuação.

Quanto à segunda infração, afirma que não houve o pagamento tempestivo da diferença de alíquotas atinente aos valores apurados pela fiscalização, como foi alegado, pois os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS no quadro Débito do Imposto, a título de “Estornos de Créditos”, trata-se de saídas interestaduais de mercadorias beneficiadas com a dispensa do lançamento e o pagamento do imposto, sobre as quais já foram abordados na infração 01, sendo verificado no quadro Débito do Imposto - Estorno de Crédito, do livro de apuração, onde são discriminados os fatos que deram origem aos estornos, como por exemplo: Estorno de Crédito Proporcional - Saídas Tributadas ou Estorno de Crédito Por Utilização Propor. as Saídas Tributadas. Ressalta que nos meses objeto desta infração houve pagamento de imposto atinente à diferença de alíquotas, exceto o valor de R\$575,66, relativo ao mês 12/2008, cuja importância fora devidamente deduzida do valor devido apurado no mês, conforme o Demonstrativo de Apuração de Diferença de Alíquotas, fl.37.

Diz que para confirmar o acima relatado consultou e anexou ao processo os quadros Apuração e Informações Complementares - Apuração do Imposto – Débito, das DMAs do estabelecimento autuado, referente aos meses objetos da apuração. Diz que se verifica nos campos “Apuração do Imposto - Débito de Imposto”, foram declarados os valores a seguir, relativos à diferença de alíquotas: “*2008 = março (zero), abril (zero), dezembro (R\$ 575,66 - deduzido do valor apurado); 2009 = março (zero), abril (zero)*”.

Com relação à Nota Fiscal nº 14796 lançada pela fiscalização no Demonstrativo de Apuração da Infração em março 2008, quando deveria ser em fevereiro, segundo alega o autuado, afirma que a ocorrência não causou prejuízo ao contribuinte em razão de não haver valor recolhido ou a recolher de diferença de alíquotas declarado na DMA do mês 02 citado. Assevera que se verificar com base no exposto, que os valores de diferença de alíquotas declarados nos livros fiscais e nas DMAs, não condizem com os apurados no Auto de Infração.

Afirma que a Denúncia Espontânea citada pelo contribuinte alcançou apenas o ICMS regime normal - indústria (cod. 806), emitidas sem a inclusão dos valores alusivos à diferença de alíquotas, e ICMS antecipação tributária (cod. 1145).

Informa que todas as mercadorias beneficiadas com redução de base de cálculo, o imposto foi apurado considerando a base reduzida, de acordo com os percentuais de redução estabelecidos nos respectivos acordos interestaduais, conforme pode ser verificado nos demonstrativos anexos ao processo.

Esclarece que todas as notas fiscais arroladas no levantamento foram emitidas com destino ao estabelecimento autuado. Portanto, assevera que deveriam ter sido lançadas nos seus respectivos livros. Destaca que o fato de algumas delas terem sido registradas, por engano, na filial, conforme alega a defesa, não tem relevância, no caso desta infração, em razão do imposto não ter sido pago em filial alguma do autuado.

Em relação à infração 03, sustenta que ao verificar os campos de identificação do destinatário das mercadorias constantes do documento fiscal, percebeu que apenas o CNPJ é da filial, que todos os demais dados cadastrais como nome, endereço, inscrição estadual e telefone são do autuado. Diz opinar pela procedência da infração, pelo fato da DMA do mês de janeiro de 2009 da filial, no campo Apuração do Imposto - Débito, não constar valor declarado referente à diferença de alíquotas, e que por isso os argumentos não devem ser acatados, pois são insuficientes para elidir a infração.

Quanto à infração 04, diz que no tocante à multa de 10% aplicada sobre o valor das mercadorias sujeita a tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, deve-se analisar com atenção o que determina o inciso IX do Art. 42 da Lei nº 7014/96. Transcreve o dispositivo.

Explica que no inciso citado não importa se a mercadoria foi destinada para a comercialização ou teve outra destinação, basta está elencada como sujeita a tributação para incidir, nos casos de falta do registro na escrita fiscal, a multa de 10% sobre o valor comercial dos produtos. Afirma que apesar de algumas interpretações contrárias, não é possível acatar os argumentos de redução para 1% a penalidade aplicada.

Com referência às notas fiscais relacionadas no demonstrativo que apurou a infração, concluiu que após as verificações levadas a efeito nas cópias dos livros e documentos constantes no processo juntados, que algumas das notas fiscais relacionadas estavam regularmente registradas nos LREs da empresa e, em alguns casos, nos da sua filial, conforme relação: 9172, 9173, 9741, 38519, 33683, 107112, 33817, 33825, 9002, 34312, 58457, 43717, 106510, 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 30535. Assim, afirma que todas as notas fiscais citadas foram excluídas do levantamento fiscal e outro demonstrativo com os novos valores foi elaborado.

Pontua que após analisar os fatos de que a infração 05 “é procedente em parte e que já providenciou a quitação do valor reconhecido” e que “as notas fiscais a seguir relacionadas estão em consonância com o LRE anexo, e devidamente lançadas - Notas Fiscais nºs 493, 510, 520, 549, 626, 10730”, diz concordar com os argumentos apresentados lembrando que as notas fiscais citadas foram devidamente excluídas do levantamento. Informa que elaborou demonstrativo contendo os novos valores apurados.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração. Junta os demonstrativos atualizados, inclusive do débito do Auto de Infração, no qual foram anexados ao processo e as cópias enviadas ao contribuinte para manifestação, consoante intimação à fl.488.

O impugnante se manifesta, fls. 491 a 498, inicialmente, renovando o pedido de que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura.

Preliminarmente, suscita a nulidade do PAF, com fulcro no art. 12, 18, incisos I, II, IV, “a” e 131, XI, todos do RPAF. Diz que não se vislumbra nas cópias fornecidas ao contribuinte a necessária “numeração” e “rubrica” do funcionário responsável, o que imprime insegurança jurídica na relação processual, permitindo que outros atos sejam praticados sem a anuência do contribuinte, assim como a inserção de documentos produzidos após a apresentação da defesa, uma vez alertada a Fazenda Estadual, pelo autuado, sobre qualquer vício formal sanável.

Menciona que com a concessão do prazo de 10 dias foi realizada por autoridade incompetente, notadamente tendo o autuado suscitado questão prejudicial atinente à devolução dos documentos arrecadados depois da intimação sobre a autuação, o que ensejaria, a cargo do CONSEF, a reabertura do prazo de defesa. Suscita a nulidade do PAF, por cerceamento do direito de defesa, posto que, como confessado pelo autuante na segunda folha da “informação”, teve seus documentos arrecadados para a ação fiscal, os quais somente foram devolvidos em 24/01/12, ou seja, depois da intimação do autuado acerca do Auto de Infração, que teve lugar dia 11/01/12. Nessas circunstâncias, afirma que foi ofendido o devido processo legal e ficando caracterizado a ofensa ao direito de defesa, e que o CONSEF tem firmado essa posição, consoante expressa o ACORDÃO CJF Nº 0033-12/05, cuja ementa transcreve.

No mérito, reitera todos os termos da petição protocolada dia 09/02/2012, no que se refere ao item 01, “informação” é confusa e, ao contrário do desiderato desejado, confirma que estornou os créditos provenientes às vendas interestaduais sem tributação (sem carga tributária). Conforme DMA anexa, relativa ao mês de junho de 2008, diz que obteve crédito de R\$12.112,96, dos quais estornou R\$10.659,91, justamente em decorrência das vendas posteriores sem tributação. Destaca que o mesmo procedimento se deu em todos os meses que compõem a autuação, como se pode auferir através da documentação juntada aos autos e DMAs, também juntadas e disponíveis no sistema da SEFAZ. Afirma que não manteve créditos indevidos, sendo ineficaz a respectiva acusação. Requer diligência ou revisão fiscal, visando confirmar o alegado, ficando toda

documentação necessária à disposição, podendo ser solicitada aos advogados que representam o autuado na lide administrativa.

Ao tratar da infração 02, diz que a informação é confusa e não atende ao disposto no art. 127, §6º, do RPAF-BA/99. Conforme alegado na defesa, a autuação não levou em consideração os pagamentos efetuados através da Denúncia Espontânea nº 600000.2601/08-0, cópia já anexada, englobando as Notas Fiscais nºs 14796, 941 e 451, respectivamente de março e abril de 2008. A Nota Fiscal nº 14796, da Leon Heimer S/A, foi lançada no LRE, com seus reflexos no LRAICMS, em 02/2008. Afirma que o autuante fez a apuração considerando-a para o mês 03/2008, e não observou o lançamento no LRE mês 02/2008, bem como o parcelamento feito para complementar o ICMS do diferencial de alíquota da referida nota fiscal.

Diz que a Nota Fiscal nº 0941, da Carpintaria Arauá Ltda, foi lançada para o mês 03/2008, mas também fez parte do complemento pago através do parcelamento acima mencionado. Destaca que esse parcelamento foi feito via denúncia espontânea, juntamente com outros débitos apurados, pois os recolhimentos, referenciados nas Apurações de ICMS do mês 02/2008 e 03/2008, foram efetuados a menor. Afirma que a Nota Fiscal nº 451, da Agro Suínos Continental Ind.e Com. Ltda, foi lançada no mês 04/2008 e não foi apurado o ICMS diferença de alíquota, no entretanto, foi recolhido junto com o valor referente ao mês 04/2008, de acordo com a documentação anexa, que demonstra pagamento a maior do que o imposto normal apurado no mesmo período. Acrescenta que a mercadoria comprada da empresa Agro Suínos Continental Ind. e Com. Ltda, está enquadrada no convênio 52/91, anexo II, contando com redução de base de cálculo, tudo em consonância, ainda, com o Decreto nº 6.284/97. Acrescenta que a Nota Fiscal nº 4501 da empresa Geza Ltda, foi lançada, por equívoco, pelo autuado, no LRE e no Livro CIAP de sua filial, com I.E. nº 73.903.640, consoante documentação anexa, sendo a diferença de alíquota recolhida via a denúncia espontânea nº 600000.0135/09-0, em 15/01/2009, que englobou além da diferença apurada, outros valores. Fato idêntico também ocorreu com a Nota Fiscal nº 1539, da Indumax Ind. e Com. de Capacitores Ltda, que foi escriturada e paga a complementação, referência 03/2009, na filial, conforme LRE e Apuração de ICMS anexos.

Quanto às Notas Fiscais nºs 149739, 149740, 149741, 149 772, 149774 e 150663, todas da Heatcraft do Brasil Ltda, afirma que houve o pagamento da diferença de alíquota sobre os ativos fixos, escriturados nos livros fiscais próprios.

Reafirma que os bens foram inicialmente adquiridos pela filial I.E. nº 73.903.640, sendo registradas no correspondente LRE (cópia anexa). Posteriormente às tais aquisições, sendo os diferenciais de alíquota devidos pagos através da Denúncia Espontânea nº 600000.3345/08-7, em 09/12/2008, ato contínuo, tendo obrigações com o seu fornecedor, eis que não conseguiu quitar os equipamentos comprados, realizou, junto à Heatcraft do Brasil e bancos, contratos de créditos para o financiamento dos mesmos bens, ocasionando a devolução, consequentemente, que houve, em janeiro de 2009, devolução de 90% dos equipamentos para a Heatcraf, com posterior emissão NFs, em 03/2009, para fins dos financiamentos dos bens. Ressalta que a emissão dessas novas NFs foi feita contra a Inscrição Estadual 73.903.640 (filial) e a liberação do financiamento só poderia ser feita pela I.E. nº 40.118.637 (matriz/ autuada). Diz que por força do erro, nova devolução foi feita em 04/2009 (registradas no LRE da filial - prova anexa) e a Heatcraf, no mesmo mês, emitiu outras NFs em nome da Inscrição correta (Matriz), tudo conforme documentos anexos.

Esclarece que as últimas notas, justamente aquelas que serviram de base para a autuação, foram equivocadamente escrituradas nos livros fiscais da filial e, por via conexa, não apareceram nos livros do estabelecimento autuado. Contudo, diz que o pagamento da complementação da alíquota foi realizado de forma anterior, podendo ser penalizado apenas por erro formal, relativo à escrituração fiscal, restando claro que os pagamentos foram feitos e não há o porquê de se cobrar diferença de alíquota sobre os bens em questão. Diz que em circunstâncias semelhantes, o CONSEF (ACORDÃO JJF Nº 0189-02/06), não obstante o princípio da autonomia dos estabelecimentos, tem decidido pela aplicação de multa formal.

Sustenta que em relação ao equipamento comprado via Notas Fiscais nº 1743, da Polifrio do Nordeste Ltda, em 04/2009, que igualmente foi objeto de devolução e financiamento, a operação se encontra circunscrita aos termos do Convênio ICMS 52/91 (e seu Anexo I) e art. 72, II e 77, II, do RICMS. Afirma que a operação em comento foi de aquisição de uma “unidade frigorífica industrial”, CF 841.86.999, constante do item 14.2, do Anexo I ao Convênio ICMS 52/91, sendo que os benefícios correspondentes, de acordo com a Cláusula Quinta, se aplicam à questão da diferença da alíquota.

Quanto à terceira infração, novamente, diz ser ineficaz a Nota Fiscal nº 146558, em anexo, foi emitida contra estabelecimento diverso, do próprio autuado, o que mais uma vez não foi enxergado pelo autuante, que insiste em dizer que os dados, exceto CNPJ, são seus, o que, ao simples exame da nota, se percebe que não é verdade.

Em referência à infração 04, aduz que a multa de 10% não pode subsistir, posto que as notas listadas e que constam do Auto de Infração se referem a compras de mercadorias de uso e consumo e de bens para o ativo imobilizado, hipótese em que, no máximo, caberia a sanção de 1%, conforme nova interpretação do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, em consonância com o já juntado Parecer da PGE/PROFIS e decisões do CONSEF (ACORDÃO JJF Nº 0006-01/05; ACÓRDÃO CJF Nº 0239-12/09).

No que tange as compras esclarece, outra vez, que são para uso/consumo e ativo fixo não mais se encontram na cadeia de tributação, em relação às notas fiscais 1539, 1743, 149739, 149740, 149741, 149772 e 149774, que foram utilizadas de forma concomitante para a cobrança do item 02 deve ser aplicada à regra da absorção da pena acessória pelo descumprimento da obrigação principal, se afastada a arguição acima e mantido o item 02, no tocante às notas coincidentes. Renova a observação sobre as circunstâncias que envolvem as Notas Fiscais nºs 1743, 149739, 140740, 149741, 149772 e 149774, explicada na defesa relativa ao item 02, que denotam devoluções, financiamentos etc.

Na infração 05, menciona que o fisco reconheceu a procedência parcial, estando as Notas Fiscais nºs 493, 510, 520, 549, 626 e 10730, em consonância com o LRE anexo ao PAF, devidamente lançadas. Renova o pedido pela Nulidade ou Improcedência da autuação.

O autuante ao informar acerca da manifestação do impugnante, fls. 513 a 515, preliminarmente, diz que com fulcro nos artigos 12, 18, incisos I, II, IV, “a” e 131, IX do RPAF, não tem fundamento. Afirma que processo foi constituído dentro das determinações regulamentares estabelecidas: está organizado, com as folhas rubricadas e numeradas dentro da ordem cronológica de juntada; foi desenvolvido por servidor competente - auditor fiscal e possui informações suficientes para identificar a infração, o infrator e o montante do débito tributário.

Registra que em razão de algumas incorreções verificadas no transcorrer da primeira informação fiscal, houve a necessidade de se promover algumas correções para ajustar os valores do auto de infração à nova realidade. Esclarece que em decorrência dos ajustes, novos demonstrativos foram elaborados, inclusive do débito do Auto de Infração, os quais foram juntados ao processo e encaminhadas cópias ao contribuinte, concedendo-lhe, conforme estabelece o Art. 18, § 1º do RPAF/99, o prazo de 10 (dez) dias para sobre eles manifestar, querendo. Portanto, conforme pode ser verificado, o andamento do processo vem ocorrendo dentro da normalidade processual regularmente estabelecida.

Quanto ao cerceamento de defesa alegado em razão da data de retirada dos documentos da Inspetoria Fiscal, por parte do contribuinte, diz ficar evidente a intenção de tentar ganhar tempo para postergar a solução da lide. Reafirma todas as ponderações já articuladas na informação prestada anteriormente.

Afirma que a alegação de cerceamento de defesa, por este motivo, não faz sentido e não deve ser acatada. Destaca que além disso, no ato da ciência do Auto de Infração, foram entregues, aos representantes do contribuinte, cópias de todos os documentos e demonstrativos elaborados no

transcorrer da fiscalização, permitindo assim, o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que realmente ocorreu e está ocorrendo através de manifestações sucessivas entregues dentro do prazo e acompanhadas de todas as provas de interesse do contribuinte.

Em relação às infrações reiterou os mesmos argumentos alinhados na informação anterior.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração, esclarecendo que concedeu, novamente, o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, conforme estabelece o art. 18, § 1º do RPAF-BA/99.

Em pauta suplementar, a 1ª JJF decidiu baixar os autos em diligência, fl. 527, para que fosse intimado o impugnante para concessão da reabertura do prazo de defesa de trinta dias para suprir a lacuna pelo fato de seus livros e documentos fiscais terem sido arrecadados pela fiscalização e somente devolvidos dias após ter tomado ciência da autuação.

Ao se manifestar, fls. 537 a 543, preliminarmente, o impugnante suscita nulidade, com fulcro no art. 12, 18, incisos I, II, IV, “a” e 131, XI, todos do RPAF-BA/99. Com o fundamento de que nas cópias fornecidas ao contribuinte, na diligência anterior, não constava necessária “numeração” e “rubrica” do funcionário responsável. E que desta feita, nenhum documento acompanhou a intimação, que também não foi encaminhada aos advogados habilitados no PAF. Por isso, afirma que o procedimento ofende o art. 12, do RPAF-BA/99.

No mérito, reiterando todos os termos dos pronunciamentos anteriores, o autuado, destaca a precariedade da “informação fiscal” prestada no PAF, que é confusa e, ao contrário do desiderato desejado, confirma que o autuado estornou os créditos provenientes às vendas interestaduais sem tributação (sem carga tributária). Diz que conforme DMA já apresentada, relativa ao mês de junho de 2008, o autuado obteve crédito de R\$ 12.112,96, dos quais estornou R\$ 10.659,91, justamente em decorrência das vendas posteriores sem tributação. Sustenta que o mesmo procedimento se deu em todos os meses que compõem a autuação, como se pode auferir através da documentação juntada aos autos e DMAs, também juntadas e disponíveis no sistema da SEFAZ. Assevera que não manteve créditos indevidos, sendo ineficaz a respectiva acusação. Pede diligência ou revisão fiscal, visando confirmar o alegado, ficando toda documentação necessária à disposição, podendo ser solicitada aos advogados que representam o autuado na lide administrativa.

Em relação às demais infrações, repisa todos os argumentos já aduzidos na defesa e na manifestação anteriores.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão para alcançar a verdade material, determinando a conferência dos estornos realizados no item 01, a regularidade das operações relativas ao item 02 e os pagamentos via parcelamentos e da escrituração fiscal - itens 04 e 05, e renovando os pleitos de nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência das parcelas contestadas do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, em sustentação oral o representante do autuado revelou que ao ser intimada para reabertura do prazo de defesa, fl. 527, não recebera cópia da informação fiscal colacionada aos autos às fls. 513 a 518, e por isso, os membros da 3ª JJF decidiram, por unanimidade, converter o processo em diligência à Infaz de origem, fl. 548, para que fosse entregue ao autuado cópia da aludida informação fiscal e concedido o prazo de dez dias para manifestação.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, fls. 555 a 559, o sujeito passivo repisou integralmente os mesmos argumentos já explicitado nas intervenções anteriores.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 563 a 564, reitera seu posicionamento em torno dos cinco itens do Auto de Infração já manifestado nas informações anteriores e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento de cinco diferentes

infrações a legislação do ICMS.

Inicialmente, afasto qualquer hipótese de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais previstas, tendo sido determinados, com precisão e clareza, as infrações, o sujeito passivo e o montante do débito tributário. Quanto à alegação de que foi prejudicado o exercício de ampla defesa, pelo fato dos livros e documentos fiscais arrecadados pela fiscalização não lhes foram devolvidos com antecedência suficiente para elaboração da defesa, entendo que não deve prosperar uma vez que a 1ª JJF determinou a reabertura do prazo de defesa e foi oportunizado ao impugnante exercer plenamente seu direito de defesa. Por isso entendo superado esse óbice. Não acolho também a alegação de que a falta de numeração e aposição de rubrica pelo preposto fiscal nas peças processuais que foram entregues ao impugnante pela fiscalização inquinasse de nulidade o Auto de Infração. Entendo que esse fato não causou qualquer insegurança ou falta de clareza que pudesse prejudicar a compreensão dos fatos apurados, tanto é assim que a defesa transitou em suas argumentações defensivas com total desenvoltura, não demonstrando qualquer óbice na apreensão das acusações que lhe foram impostas. Descabe também a alegação de que na intimação em que fora noticiada a reabertura de prazo e não se fez acompanhar de documentação alguma, ora, a reabertura de prazo fora concedida para suprir a alegação do impugnante de que fora prejudicado na feitura de sua defesa, portanto, não visava adicionar informação alguma, mesmo assim, a 3ª JJF converteu os autos em diligência para cientificar o autuado da informação fiscal e a entrega documentação questionada Portanto, diante da superação de todos os óbices aventados, torna-se inócuas a pretensão do autuado.

Em suma, resta evidenciado nos autos que foram concedidas ao autuado as condições necessárias ao exercício do seu direito de defesa e do contraditório, não havendo qualquer vício capaz de macular de nulidade o Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA /99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendant não comprovou de forma inequívoca a necessidade de realização de diligência, e as questões objeto da lide tratam todas de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado que tivera oportunidade de carrear aos autos, por ocasião da defesa e nas subsequentes manifestações, e não fizera de forma satisfatória.

Adentrando no mérito da lide, a infração 01 que cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, observo que o impugnante ao se defender asseverou que nunca mantém os créditos sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que são vendidas com isenção, não incidência, ou redução de base cálculo e que somente se apropria de forma definitiva das saídas posteriores que não gozam de qualquer benefício que altere a carga tributária. Para comprovar sua alegação carreou aos autos cópias de seu LRAICMS, fls. 257 a 277, e exemplificou que no mês de junho de 2008, se creditou no valor de R\$12.112,96, fl. 269, dos quais estornou o valor de R\$10.659,91, fl. 270. Em síntese, esse foi o argumento aduzido pela defesa em todas suas manifestações nos autos.

Verifico que a acusação fiscal está consubstanciada na planilha de auditoria de crédito indevido, fls. 10 e 11, elaboradas pelo autuante onde constam discriminadas as notas fiscais de produtos e os respectivos valores apurados, cujas saídas são beneficiadas com dispensa de lançamento e pagamento do imposto e acompanhado das cópias das correspondentes notas fiscais, fls. 12 a 36, e dos respectivos registros no livro Registro de Entradas, 134 a 185. Ora, tendo em vista que a exigência atinente a esse item do Auto de Infração teve sua base de cálculo constituída e explicitada a origem do montante exigido mensalmente e discriminada cada uma das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, entendo que, para se eximir da acusação fiscal, caberia ao autuado, por dispor de toda a documentação de origem, carrear aos autos a composição dos valores da rubrica “Estorno de Crédito” escriturados em seu LRAICMS, para comprovar o efetivo

estorno dos créditos exigidos na infração 01.

Quanto ao valor de R\$10.659,91, indicado na defesa como sendo correspondente ao estorno de crédito, fl. 270, decorrente da utilização indevida de crédito no mês de junho de 2008 e exigido nesse item, constato que, diferentemente do alegado na defesa, o autuante carreou aos autos comprovação de que o valor indicado na defesa corresponde ao estorno de débito relativo às vendas para outros Estados realizadas no mês de junho de 2008, cujas notas fiscais foram emitidas com destaque do imposto, porém sem ônus tributário para o emitente, conforme previsto no §5º do inciso II do art. 353do RICMS-BA/97. Essa comprovação, trazidas aos autos pelo autuante em sua informação, fls. 447 a 477, se constitui das cópias dos documentos fiscais e da planilha “Estorno de Carne 06/2008” discriminando todas as notas fiscais dessas operações totalizando o exato valor de R\$10.659,91.

Diante do levantamento de apuração, fls. 10 e 11, detalhando todas as operações apontadas na exigência fiscal, e do exemplo através da relação “Estorno de Carne 06/2008” fls. 447 a 454, acompanhado das cópias das notas fiscais de saídas interestaduais, fls. 455 a 477, que totaliza R\$10.659,91, fl. 447, no mês de junho de 2008, exatamente o valor constante do LRAICMS, fl. 198, na rubrica “Estorno Crédito por Utilização Proporcional as Saídas”, fica demonstrado que o estorno de crédito escriturado pelo autuado não corresponde aos créditos fiscais utilizados indevidamente identificados na acusação fiscal. Eis que é constituído e se origina das operação de vendas para outros estados, cujo destaque do imposto no documento fiscal é efetuado em atendimento à alínea “b”, II, §5º do art. 353 do RICMS-BA/97.

Logo, é inócuia a alegação da defesa de que “sempre estornou os créditos relativos a mercadorias vendidas com afetação à carga tributária”, pois, mesmo dispondo de todos os meios e recursos, ou seja, a documentação fiscal que geraram a escrituração fiscal, para demonstrar a composição de seus alegados estornos de crédito, assim não procedera. Assim, considero insuficiente para abalar a consistência do levantamento fiscal devidamente embasado na correspondente documentação fiscal.

Por conseguinte, resta induvidoso nos elementos que resultaram do contraditório instalado nos presentes autos que o contribuinte, efetivamente, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de produtos resultantes do abate de bovino, cujas saídas são beneficiadas com a dispensa do lançamento e do pagamento do imposto. Assim, fica claramente evidenciado o acerto da autuação da intelecção do teor da alínea “a” do inciso I do art. 97 do RICMS-BA/97, *in verbis*:

*“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

*I - para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço:*

*a) não forem tributadas ou forem isentas do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida;”*

Por isso, concluo pela subsistência da infração 01.

As infrações 02 e 03 tratam da falta de recolhimento diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na aquisição de mercadorias de outros Estados, destinadas ao ativo fixo - infração 01 e destinadas a uso e consumo do estabelecimento - infração 03.

Os demonstrativos de apuração do débito exigido nessas infrações, com as respectivas cópias das notas fiscais encontram-se, respectivamente, colacionados às fls. 37 a 50 e 51 e 52, discriminando cada uma das operações que não foram recolhidas as diferenças entre as alíquotas interna e interestadual.

Ao tratar da infração 02, em sede de defesa o impugnante alegou, que o autuante não considerou os pagamentos efetuados através de Denúncia Espontânea relativos às Notas Fiscais nº 14796, 941, 451, 4501. Aduziu também que em relação às Notas Fiscais de nºs 149739, 149740, 149741,

149772, 149774 e 150663, por se tratar de equipamentos que foram devolvidos ao fornecedor por não ter conseguido quitar o financiamento e que as notas fiscais que serviram de base para a autuação foram equivocadamente escrituradas nos livros de sua filial.

Ao compulsar as peças que compõem o contraditório, atinentes a essa infração constato os pagamentos realizados pelo autuado por meio de Denúncia Espontânea, Proc. 600000.2601/08-0, fl. 279, não dizem respeito à cobrança de diferenças entre alíquotas, objeto dessa infração, uma vez que na denúncia arroladas pelo impugnante, não inclui valores referentes à diferença de alíquotas constam apenas o ICMS regime normal - indústria (cod. 806) e ICMS antecipação tributária (cod. 1145), fls. 286, 291 e 300. Logo, não afetam a exigência, ora em lide.

Verifico que no demonstrativo de apuração, fl. 37, foram contemplados a redução de base de cálculo quando cabível, bem como, fora deduzido da exigência os valores já recolhidos.

No que diz respeito às Notas Fiscais de nºs 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 150663 aquisições de equipamentos junto à empresa Heatcraft(de) a alegação defensiva não deve prosperar, em virtude de que equívoco cometido pelo próprio autuado, sem comprovação nos autos de que foram escrituradas nos livros de sua filial. Ademais, não comprovou também nos autos se as diferenças foram efetivamente pagas pela filial.

Nesses termos, não tendo sido as alegações suficientes para elidir a acusação fiscal mantendo integralmente a infração 02.

Com relação à infração 03 a defesa alegou que a exigência é indevida pelo fato de que a Nota Fiscal de nº 146558, de 21/01/2009, que dá suporte a acusação fiscal fora emitida contra estabelecimento distinto do autuado.

O autuante ao proceder à informação fiscal o autuante esclareceu que na nota fiscal em questão, com exceção do CNPJ que pertence à filial do autuado, os demais dados cadastrais coincidem com os do estabelecimento acusado. Pontuou também que na DMA da filial do autuado no mês de janeiro de 2009, no campo destinado, não consta valor alusivo à diferença de alíquota.

Ao examinar a cópia da Nota Fiscal nº 146558, fl. 52, constato que somente o nome do destinatário coincide com autuado, já que os demais dados: endereço, CNPJ, I.E., telefone, e CEP, nenhum deles coincidem com os dados cadastrais do autuado. Assim, divirjo do entendimento do autuante tendo em vista que, por entender que, diante da inexatidão e incongruência dos dados constantes do documento fiscal não há como atribuir ao estabelecimento autuado a efetiva aquisição interestadual nela discriminada e a consequente exigência do ICMS relativo a diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Logo, nessas circunstâncias fáticas constantes dos autos, por não se poder determinar com segurança se o documento fiscal em questão fora efetivamente destinado ao estabelecimento autuado, considero insubstancial a infração 03.

No que concerne às infrações 04 e 05 são aplicadas sobre o valor das operações, respectivamente, multa de 10% e 1%, por terem sido dadas entradas no estabelecimento autuado de mercadorias sujeitas à tributação - infração 04 e não tributável infração 05.

Constatou ao compulsar os elementos que constituíram a exigência foram questionadas pelo impugnante em relação às notas fiscais que, embora escrituradas não foram consideradas no levantamento fiscal pelo autuante e que por se tratar de infração por descumprimento de obrigação acessória e algumas notas fiscais constarem também no levantamento fiscal da infração 02 deveria a exigência das infrações 04 e 05 serem absorvidas por aquela infração. Ponderou também o autuado que diversas mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, por se encontrarem com a fase de tributação encerrada deveria ser alcançadas pela multa de 1%, e não pela multa de 10%.

No que diz respeito à infração 04, depois examinar cada uma das ponderações do impugnante, verifico que somente deve prosperar a falta de inclusão no levantamento fiscal das Notas Fiscais

de nºs 9172, 9173, 9741, 38519, 33683, 107112, 33817, 33825, 9002, 34312, 58457, 43717, 106510, 149739, 149740, 149741, 149772, 149774 e 30535, comprovadamente escrituradas no LRE e equivocadamente não consideradas pelo autuante. Constatou que o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante e acostado às fls. 478 e 481, contempla a exclusão das notas fiscais efetivamente escrituradas em relação reduzindo o valor do débito para R\$27.298,79.

Assim, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$27.298,79.

Já em relação à infração 05, do mesmo, constato que também devem ser excluídas as Notas Fiscais de nºs 493, 510, 520, 549, 626, 10730, do levantamento fiscal, por restar comprovado nos autos que constam a efetiva escrituração desses documentos fiscais no LRE. Assim, acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 479 e 480, remanescendo reduzido o débito desse item do Auto de Infração para R\$1.800,92.

No que diz respeito à solicitação para absorção pela infração 02 das notas fiscais arroladas também na infração 04 que cuida de irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, não vejo, no presente caso, como acolher tendo em vista a natureza distinta das infrações envolvidas sem conexão alguma entre o cometimento de cada uma delas.

Quanto ao pleito do impugnante para que seja reduzido o percentual da multa sugerido de 10% para a infração 04 para 1% por se tratar de mercadorias com destinação ao ativo fixo ou para consumo do estabelecimento também não deve prosperar, haja vista que, no caso deve-se considerar a natureza da tributação dessas mercadorias na entrada do estabelecimento e não na sua utilização. Apesar do Parecer PGE/PROFIS e de ementas de decisões do CONSEF, não acolho a pretensão do impugnante, por entender que o expresso teor do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96 determina a aplicação da multa de 10% nas entradas de bem ou mercadoria sujeito tributação que ingresse no estabelecimento sem registro na escrita fiscal. Ademais, esse tem sido o entendimento assente sobre essa matéria prolatado em reiteradas decisões pelas Câmaras deste CONSEF.

Por tudo isso, mantengo parcialmente a exigência das infrações 04 e 05 nos valores apurados no novo demonstrativo apresentado pelo autuante, fls. 478 a 485.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206984.0004/11-5, lavrado contra **VITALY FOODS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$73.456,79**, acrescido da multa de 60%, prevista, respectivamente nos incisos VII, alínea “a” e II, alínea “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$29.099,71**, prevista no artigo 42, incisos IX e XI, da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR