

A. I. N° - 233014.0185/12-9
AUTUADO - M K ARAÚJO SOUZA SANTOS - ME
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 29.07.14

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-02/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. As mercadorias enquadradas no regime ST devem ser tratadas, para efeito da aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96, como não tributável, em conformidade com a jurisprudência do CONSEF. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Infração parcialmente elidida. Refeito o demonstrativo de débito; **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não contestada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA FORMAL. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Provado que parte do débito levantado havia sido recolhido dentro do prazo estabelecido na legislação. Acatadas as razões defensivas. Refeito o demonstrativo de débito. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/06/2013, exige créditos tributários no montante de R\$34.402,36 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2011 e dezembro de 2012. Valor da multa: R\$ 7.101,60;

Infração 02 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2011 e dezembro de 2012. Valor da multa: R\$414,20;

Infração 03 – 16.12.20 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega de arquivo, no mês de dezembro de 2012. Valor da multa: R\$1.380,00;

Infração 04 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo (s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho a setembro de 2011, e outubro de 2012. Valor do imposto: R\$25.506,56. Multa proposta de 60% sobre o ICMS devido.

Constam dos autos: Termos de Intimação (folhas 05 e 06); Demonstrativo NF Não Registradas 2011 (folhas 07 a 08); DANFE's (folhas 09 a 71); Demonstrativo Falta de Recolhimento ICMS (folha 72); Cópias do Livro RAICMS (folhas 73 a 79); Demonstrativo NF Não Registradas 2012 (folhas 80 a 82); DANFE's (folhas 83 a 182); Demonstrativo Falta de Recolhimento ICMS (folha 183); cópias dos Livros Fiscais (folhas 184 a 674); Impugnação (folhas 676 a 692); informação fiscal (folhas 694 a 719); solicitação de diligência (folha 722); Intimação (folha 728); manifestação da autuada (folhas 730 a 794); segunda informação fiscal (folhas 796 a 801).

A autuada apresenta impugnação às folhas 676 a 692, mediante a qual contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Em relação a Infração 01, alega que as cópias das notas fiscais anexadas são de produtos tributáveis, isentos e substituição tributária, penalizando de forma arbitrária a multa de 10% sem considerar e relacionar nota por nota o que é tributável ou não para justificar a penalidade. Sendo assim, argumenta que o autuante não poderia aplicar a penalidade sem observar o que é tributado ou não.

Afirma que a sua atividade tem por objeto gêneros alimentícios sendo que 70% dos produtos são isentos ou substituição tributária. Assevera que o autuante inverteu e atribuiu na penalidade 02 o percentual menor que 20% para isentas tornando seu trabalho mais fácil e melhor para o FISCO.

Quanto à infração 02 afirma que a penalidade aplicada está correta, pois se tratam de produtos isentos.

No que tange a infração 03, alega que o autuante não observou que o arquivo magnético a que se refere possui data de ocorrência 31-12-2012 e foi enviado pela internet dentro do prazo estabelecido na legislação conforme dados de transmissão que transcreve na forma abaixo:

“CARIMBO DE RECEPÇÃO DO ARQUIVO

Arquivo enviado para:

Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia

Em 08-01-2013 ás 15:13:45

Protocolo TED 4056810

Chave Transmissão: 85313323”.

Em anexo, envia a cópia do arquivo transmitido para dirimir qualquer dúvida existente pelo Fisco, e, desde já, solicita a nulidade da infração porque não procede a alegação do autuante.

Com referência à Infração 04, afirma que o autuante agiu de forma equivocada ou por uma presunção pois “Presumir que sabe algo que não se sabe oficialmente sua veracidade” é presunção. Argumenta que fica evidente que ao constituir o lançamento fiscal o autuante baseou-se em elementos que escolheu ao seu talante e que não espelham a realidade das operações da empresa, haja vista que, o mesmo simplesmente desconsiderou o livro Registro de Apuração do ICMS com seus registros apresentados pelo contribuinte que demonstra os créditos adquiridos pelo mesmo nas aquisições de mercadorias para revenda e refaz o conta corrente fiscal, presumindo que não há créditos, imputando ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS inexistente.

Alega que todo esse procedimento ao arrepio da lei não merece guarida, porque é manifestamente nula a ação fiscal, uma vez que não adota os métodos normais de fiscalização e impossibilita a plena defesa do autuado, além de não se poder assegurar com certeza o cometimento de qualquer infração à legislação tributária. Transcreve ementa de decisão do Conseg em apoio ao seu ponto de vista.

Conclui a sua impugnação, afirmando que o preposto fiscal não ofereceu os elementos para que pudesse produzir a sua defesa no sentido que assegura o processo administrativo fiscal e os elementos que materializam a infração. Afirma ser plenamente nula a infração 04. Por todo

exposto e por tudo o mais que consta nos autos, a Autuada requer que esta Junta decida pela provisão parcial do auto de infração em apreço, tudo em face das razões de Defesa acima expostas.

Termos em que, pede e espera deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 694 a 719, tecendo as considerações a seguir.

Em relação à infração 01, afirma que não procede a defesa da autuada, pois, encontram-se nas fls. 08 a 71 e fls. 81 a 182 os demonstrativos com a relação de nota fiscal por nota fiscal, classificadas por CFOP, discriminando quais as mercadorias que foram consideradas como tributadas e as mercadorias que foram consideradas como isentas ou faz parte da substituição tributária, com as respectivas cópias das notas fiscais.

Em relação à infração 02, afirma que a autuada acatou a infração.

Em relação à infração 03, afirma que, após verificação, acata a defesa, passando o valor da infração de R\$1.380,00 para R\$0,00.

Em relação à infração 04, afirma que verificou que houve um equívoco no não aproveitamento dos créditos do imposto devido escriturado pela autuada no Livro de Registro de Apuração no período de 06 a 12/2011, passando assim o valor da infração 04, em 30/06/2001 de R\$ 8.006,63 para R\$ 0,00; em 31/07/2011 de R\$ 164,22 para R\$ 0,00; em 31/08/2011, de R\$ 3.883,08 para R\$ 0,00 e em 30/09/2011 de R\$ 9.127,25 para R\$ 0,00, conforme demonstrativos anexados aos autos.

Ainda em relação à infração 04, informa que foi cobrado o ICMS devido em 31/10/12, no valor de R\$4.325,38, declarado pela autuada no seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 191 a 192), e não recolhido conforme demonstrativo de auditoria da conta corrente anexado aos autos, fls. 183 à 186.

Conclui, afirmando que mantém as demais infrações do presente auto de infração, esperando que seja julgado procedente.

À folha 722, foi solicitada diligência com vistas a dar ciência à autuada do refazimento dos demonstrativos de débito.

Às folhas 730 a 795, a autuada manifestou-se no processo, aduzindo o seguinte.

Em relação a infração 01, reafirma que o auditor não observou que as notas fiscais apresentam em cada uma delas ou na sua maioria produtos sujeitos a substituição tributária, isentos e tributáveis, e o diferencial de alíquota foi pago pelo contribuinte responsável pelo recolhimento, ou seja, o sujeito passivo por substituição, que é o remetente da mercadoria, não cabendo a penalidade de 10% sobre as supostas notas não escrituradas. Alega que, após analisar os livros de registro de entradas que inclusive foram entregues ao auditor, constatou que várias notas fiscais foram registradas.

Transcreve o Art. 512-A, inciso III, alínea “a”, § 1º inciso I do RICMS para apoiar a idéia de que o remetente das mercadorias é responsável pelo lançamento e recolhimento da diferença de alíquotas nas operações interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Alega que, diante da fundamentação legal, não há que se falar em cobrança de multa de 10% por falta de registro de notas fiscais de mercadorias tributadas, haja vista que, o auditor deixou de observar item por item das notas fiscais apensadas no processo e o mesmo demonstrou que pegou as notas pelo CFOP que não valida sua autuação, até porque uma nota pode ter um CFOP e a operação ser outra. Ademais, alega que o auditor não observou o livro de registro de entradas de mercadorias onde consta o registros das notas fiscais 00068, 54173, 26098, 116673, 81402,74490, 152261, 566675, 18845, 69983, 309364, 717621, 717622, 19547, 95869, 127564, 308139, 308140, 852185, 723121, 232141, 84827, 868009, 793797.

Assevera que todas as notas citadas estão lançadas, pois houve um equívoco do auditor que não observou o devido registro das mesmas. Apensa cópias dos respectivos livros e as notas fiscais com indicação, em grafite, do que é tributada para correção dos valores da infração.

No que tange a infração 04, afirma que, *a priori*, fica caracterizado um equívoco por parte do auditor ao refazer o conta corrente da empresa, excluindo o saldo credor acumulado em 06/2011 para fazer a cobrança indevida de débitos inexistentes, em nenhum momento no auto ou na sua peça de informação fiscal o nobre auditor explicou os motivos para exclusão dos créditos acumulados, evidentemente que, ao apresentar uso indevido de crédito por utilizar crédito de notas fiscais de produtos isentos ou em substituição, a defendant acataria a infração, mas não foi o ocorrido, já que a prova é que em nenhum momento o autuante alega uso indevido de crédito, o mesmo lançou a infração 01, considerando as notas dos demonstrativos apensados ao processo como tributadas, mas não considera o uso do crédito das aquisições dos produtos tributáveis, o que demonstra, segundo a autuada, uma certa incoerência na aplicação das penalidades.

Por todo o exposto e por tudo o mais que consta nos autos, a Autuada requer que esta Junta decida pela provisão parcial do auto de infração em apreço, tudo em face das razões de Defesa acima expostas.

Termos em que, pede e espera deferimento.

Em sua segunda informação fiscal, às folhas 797 a 802, o autuante tece as considerações a seguir.

Afirma que mantém a mesma informação fiscal anexada aos autos (fl. 694), acatando apenas as notas fiscais relacionadas pela autuada (fl. 725) que se encontram registradas no LRE, passando assim, o valor da infração 01, no exercício de 2011, de R\$ 3.031,50 para R\$ 2.193,39, e no exercício de 2012, de R\$ 4.070,10 para R\$ 2.890,21. Já quanto à infração 02, o seu valor, no exercício de 2011, passa de R\$ 130,29 para R\$ 121,75, e no exercício de 2012, passa de R\$ 283,91 para R\$ 248,86, conforme demonstrativos anexados aos autos.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo evidenciados de acordo com os demonstrativos acostados (folhas 07, 08, 72, 80 a 82, e 183), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à infração 01, a autuada alega que as operações autuadas misturam produtos tributáveis com isentos e sujeitos ao regime ST, conforme trecho de sua impugnação à folha 676, abaixo transcrita.

“Em relação à infração 01 o autuante alega a falta de escrituração de notas fiscais de mercadorias tributadas e anexa as notas fiscais sem observar que as notas são de produtos tributáveis, isentos e substituição tributaria, penalizando de forma arbitaria a multa de 10% sem considerar e relacionar nota por nota o que é tributável ou não para justificar a penalidade....”

O autuante não acata as alegações da defesa, pois afirma que os demonstrativos se encontram às folhas 08 a 71 e 81 a 182, nos quais há a relação discriminada nota por nota, conforme trecho da informação fiscal, à folha 694.

“Em relação à infração 01- 16.01.01, não procede à defesa da autuada, pois, encontram-se nas fls. 08 a 71 e fls. 81 a 182 os demonstrativos com a relação de nota fiscal por nota fiscal, classificadas por CFOP discriminado quais as mercadorias que foram consideradas como tributadas e as mercadorias que foram consideradas como isentas ou faz parte da substituição tributaria, com as respectivas cópias das notas fiscais.”

Em nova manifestação, às folhas 731 a 732, a autuada reitera os termos da impugnação, fazendo, agora, referência específica ao art. 512-A do RICMS/BA, o qual atribui responsabilidade ao remetente das mercadorias em operações interestaduais destinadas ao uso e consumo, o que conferiria o caráter de operação sujeita ao ST, e não operação tributável, como foi autuado.

Alega, outrossim, que várias notas fiscais foram registradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e pede a sua exclusão do lançamento.

Em sua última manifestação, à folha 797, o autuante reconhece que houve o registro das notas fiscais relacionadas à folha 732, ao tempo em que as exclui do levantamento fiscal, tendo reduzido o valor da infração para R\$ 2.193,39 (em 2011) e R\$ 2.890,21 (em 2012).

Remanesce, assim, apenas a controvérsia relativamente aos itens supostamente enquadrados no regime ST, aplicável ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais destinadas ao consumo do estabelecimento, pois autuante e autuada não chegaram a um acordo.

Examinando os autos do presente processo, é possível constatar que, no exercício de 2011, assiste razão à autuada, apenas, no que se refere às notas fiscais nº 669 (de 07/06/2011), 802 (de 05/10/2011), e 900 (de 27/12/2011), pois se referem a operações sujeitas ao regime de substituição tributária, devendo, consequentemente, ser excluídas do levantamento em observância ao disposto no artigo 42, inciso XI da Lei 7.014/96, a contrário senso. Além das notas fiscais acima citadas, em 2011, há de se excluir o valor de R\$ 6,80, contidos na NF nº 155.881 (de 29/11/2011), pois se refere a um item de mercadoria sujeita ao regime ST.

Já no que se refere ao exercício de 2012, assiste igualmente razão à autuada, no que se refere às notas fiscais nº 106.980 (de 31/12/2012), 151.638 (de 19/12/2012), 1.095 (de 19/06/2012), 1.000 (de 28/03/2012) e 952 (de 07/02/2012) pois se referem, da mesma forma, a operações sujeitas ao regime de substituição tributária, devendo, consequentemente, ser excluídas do levantamento fiscal. Além das notas fiscais acima citadas, em 2012, há de se excluírem os valores de R\$120,32, contidos na NF nº 273.549 (de 21/12/2012), R\$ 93,21, contidos na NF 273.540 (de 21/12/2012), R\$53,22, contidos na NF 257.263 (de 24/10/2012), R\$42,34, contidos na NF 254.308 (de 11/10/2012) e R\$10,25, contidos na NF 208.668 (de 18/05/2012) pois se referem a um ou alguns itens de mercadorias sujeitas ao regime ST.

Dessa forma, os valores acima referidos devem ser extraídos da infração 01 por se tratem de operações não sujeitas à tributação.

Assim, julgo procedente em parte a infração 01, em conformidade com o novo demonstrativo de débito abaixo:

ANO	VALOR TOTAL NF	MULTA DE 10%
2011	R\$ 19.977,00	R\$ 1.997,70
2012	R\$ 25.871,27	R\$ 2.587,13

Quanto à infração 02, a autuada acatou os valores lançados conforme se pode depreender da leitura de sua impugnação, à folha 677, cujo trecho reproduzo abaixo.

“Na infração 02 aduz o autuante que a autuada deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, quanto à penalidade aplicada está correta pois se trata (sic) de produtos isentos.”

A despeito da expressa aceitação do lançamento neste ponto, após a alegação da defesa de que vários documentos fiscais constantes dos demonstrativos foram registrados, o autuante refez tal demonstrativo de débito, reduzindo os valores inicialmente lançados, conforme trecho de sua informação fiscal abaixo transcrita.

“Em relação à manifestação da autuada, mantendo a mesma informação fiscal anexada aos autos fl. 694, acatando apenas as notas fiscais relacionadas pela autuada fl.725 que encontram-se registradas no LRE, passando assim, o valor da infração 01-16.01.01 no exercício de 2011 de R\$ 3.031,50 para R\$ 2.193,39 e no exercício de 2012 de R\$ 4.070,10 para R\$ 2.890,21 e na infração 02- 16.01.02 passando o seu valor no exercício de 2011 de R\$ 130,29 para R\$ 121,75 e no exercício de 2012 de R\$ 283,91 para R\$ 248,86, conforme demonstrativos anexados aos autos.”

Assim, julgo procedente a infração 02, em conformidade com a segunda manifestação do autuante, remanescendo o valor de R\$121,75, no exercício de 2011 e R\$248,86, no exercício de 2012.

Quanto à infração 03, a autuada contestou sob a alegação de que o arquivo foi enviado dentro do prazo previsto na legislação, conforme trecho da sua impugnação à folha 677, abaixo reproduzido.

“No que tange a infração 03, o autuante não observou que o arquivo magnético a que se refere [possui] data de ocorrência 31-12-2012 [e] foi enviado pela internet dentro do prazo estabelecido na legislação conforme dados de transmissão abaixo: ...”

Em sua informação fiscal, à folha 694, o autuante acata as alegações defensivas, conforme trecho abaixo reproduzido.

“Em relação à infração 03- 16.12.20 após verificação acato a defesa, passando o valor da infração de R\$1.380,00 para R\$0,00.”

Assim, deixa de haver questão controvertida a ser sanada por este colegiado. Julgo improcedente a infração 03.

Quanto à infração 04, a autuada contestou negando que tenha deixado de recolher o imposto. Ademais, alega que o autuante desconsiderou os créditos lançados em sua escrita.

Em sua informação fiscal, à folha 694, o autuante admite que houve um equívoco no não aproveitamento dos créditos fiscais, ao tempo em que refaz o demonstrativo de débito, zerando os valores lançados, exceto aquele relativo ao mês de outubro de 2012, conforme se pode depreender da leitura do trecho abaixo destacado.

“Em relação à infração 04-02.01.01, verifiquei que houve um equívoco no não aproveitamento dos créditos do imposto devido escriturado pela autuada no Livro de Registro de Apuração no período de 06 a 12/2011, passando assim o valor da infração 04-02.01.01, em 30/06/2001 de R\$ 8.006,63 para R\$ 0,00; em 31/07/2011 de R\$ 164,22 para R\$ 0,00; em 31/08/2011, de R\$ 3.883,08 para 0,00 e em 30/09/2011 de R\$ 9.127,25 para 0,00 conforme demonstrativos anexados aos autos. Ainda em relação à infração 04-02.01.01 foi cobrado o ICMS devido em 31/10/12, no valor de R\$ 4.325,38 declarado pela autuada no seu Livro de Apuração do ICMS fls.191 a 192, e não recolhido conforme demonstrativo de auditoria da conta corrente anexados aos autos fls. 183 à 186.”

Em nova manifestação da autuada, à folha 732, não há qualquer contestação à parte remanescente da infração, tendo se limitado a tecer comentários acerca do equívoco cometido pelo autuante.

Considerando que o valor exigido pelo presente auto de infração se encontra lançado no RAICMS da empresa no mês de outubro de 2012 (folha 186), bem como o fato de que não houve impugnação específica dessa acusação, entendo que restou caracterizado o cometimento da infração no mês citado.

Assim, julgo procedente em parte a infração 04, no montante de R\$4.325,38 em conformidade com a informação fiscal prestada.

Diante do exposto, julgo procedente em parte o auto de infração demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	MÊS	B. CÁLCULO	ICMS	MULTA	ENQUAD. LEGAL
01	DEZ/11			R\$ 1.997,70	
01	DEZ/12			R\$ 2.587,13	
02	DEZ/11			R\$ 121,75	
02	DEZ/12			R\$ 248,86	
03	DEZ/12	-	-	-	
04	OUT/12	R\$25.443,41	R\$4.325,38	60%	Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233014.0185/12-9, lavrado em contra **M K ARAÚJO SOUZA SANTOS - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$4.325,38**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.955,46**, previstas no art. 42, incisos IX e XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR