

A I Nº - 269130.0001/14-5
AUTUADA - DEUSDETE SOUZA SANTIAGO & CIA LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 07.01.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249-05/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS (NFe) E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS.. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado, na fase de defesa e em revisão efetuada pela própria autuante, por ocasião da informação fiscal, que o lançamento continha diversos erros materiais, a exemplo, de inserção de notas fiscais de outro estabelecimento da empresa, cômputo na base de cálculo de operações com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária; erro na aplicação da alíquota e tributação de operações relacionadas a notas fiscais canceladas. **Infração insubsistente. 2. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS (REGISTRO DE SAÍDAS). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Restou provados nos autos as operações autuadas se referiam a notas fiscais eletrônicas (NFe) canceladas dentro do prazo legal. Inexistência de fato gerador do imposto. Item também insubsistente. Auto de **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/03/2014, para exigir ICMS no valor principal de R\$109.690,77, com as seguintes imputações:

Infração 1 - Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Valor exigido: R\$105.278,30, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de escriturar NF-e de venda de mercadoria, cabendo cobrança do ICMS destacado. Valor exigido: R\$4.412,47, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do A.I em 28/03/2014, e ingressou com defesa administrativa em 23/04/2014, através de petição subscrita por sua sócia administradora, conforme atesta o contrato social e subsequentes alterações, anexados às fls. 95 a 103 do PAF.

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória, informou que a empresa tem por objeto social a atividade de comércio varejista de ferragens, implementos agrícolas, peças e acessórios para máquinas e implementos agrícolas e veículos automotores, motores e ferramentas agrícolas, entre outros.

Suscitou preliminar de nulidade da autuação, posto que todas as notas fiscais autuadas estariam devidamente escrituradas no livro Registro de Saídas da impugnante, não havendo divergência entre os lançamentos e os documentos fiscais.

Que as notas fiscais consideradas como não escrituradas sequer pertencem à impugnante (Deusdete Souza Souza Santiago & Cia Ltda, CNPJ nº 01.966.026/0002-32), estabelecimento filial, mas trata-se em verdade, de documentos da matriz (CNPJ nº 01.966.026/0001-51).

Sustenta a aplicação ao caso do princípio da autonomia dos estabelecimentos. Citou como exemplo as seguintes notas fiscais, listadas à fl. 80 dos autos: NFs nº 601, 728, 790, 794, 917, 1052, 1472, 1540, 1558, 1601, 1742, 1749, 1772, 1875, 2039, 2083, 2213, 2220, 2256, 2289, 2330, 2352, 2366, 2390, 2405, 2407, 2455, 2542, 2576, 2594, 2640, 2716, 2733, 3019, 3022, 3062, 3100, 3172, 3314, 3359, 3422, 3459, 3515, 3518, 3557 e 3560.

Afirmou ainda que a fiscalização desconsiderou o ICMS destacado no campo "outras", quando se tratava de operações com substituição tributária e "isentas" e "não tributadas", o que teria gerado também a suposta divergência de valores.

Passou em seguida a fazer comentários em torno do ato administrativo de lançamento, reiterando o pedido de nulidade do presente Auto de Infração.

Ao ingressar no mérito passou a enfrentar a infração 1. Reafirmou inexistir a divergência entre o ICMS lançado no livro de Saídas e o destaque do imposto nos documentos fiscais autuados.

Para o exercício de 2010 disse que a autoridade fiscal relacionou as notas fiscais autuadas às páginas 15 a 32 dos autos. A defesa acostou cópias das páginas do livro de Saídas de 2010 e Apuração do ICMS de 05/2010 a 12/2010, bem como cópia dos DANFES: 05/2010 (Doc. 03); 06/2010 (Doc. 04); 07/2010 (Doc. 05); 08/2010 (Doc. 06); 09/2010 (Doc. 07); 10/2010 (Doc. 08); 11/2010 (Doc. 09) e 12/2010 (Doc. 10).

Registrou que a maior parte das notas autuadas se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Em relação às operações sujeitas à substituição consignou que recebe as mercadorias com imposto retido na fonte e nas suas operações, no Estado da Bahia, promove as saídas sem tributação, não havendo nem débito nem crédito a ser lançado.

Já em relação as notas fiscais nºs 000211, 000302, 000319, 000325, 000330, 000366, 000604, 000671 e 000687, emitidas em 05/2010; as Notas Fiscais nºs 000760, 000887, 000958, 000990, emitidas em 06/2010; as Notas Fiscais nºs 001128, 001136, 001201, 001213, 001291, 001699, emitidas em 07/2010; as Notas Fiscais nºs 001853, 001990, 002011, 002042, emitidas em 08/2010; a Nota Fiscal nº 002521, emitida em 09/2010; Nota Fiscal nº 003230, emitida em 10/2010; Nota Fiscal nºs 003759 e 003965, emitidas em 11/2010; e Notas Fiscais nºs 004130, 004201, 004361, 004490, 004679, 004690 e 004708, emitidas em 12/2010, informou que as mesmas foram canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação do órgão fazendário. Juntou cópia do livro de Saídas.

Listou, às fls. 83/84, relação de notas fiscais não pertencentes ao estabelecimento autuado e sim a loja matriz (CNPJ nº 01.966.026/0001-51), alegando a ilegitimidade da autuada para a cobrança da suposta falta de recolhimento do imposto.

Apontou equívoco quanto ao lançamento da Nota Fiscal nº 263, emitida em 19/05/2010. Isso porque não haveria qualquer divergência entre o ICMS devido e o escriturado no Livro de Saída. Que houve em verdade um equívoco na aplicação da alíquota do ICMS em um dos itens da referida Nota Fiscal – Item nº 19108. Nesta, foi lançado o ICMS para o mencionado item com a aplicação da alíquota de 173%, ao invés de 17%, o que resultou na majoração do ICMS deste item de R\$16,45 (dezesseis reais e quarenta e cinco centavos) para R\$167,41 (cento e sessenta e sete reais e quarenta e um centavos), conseqüentemente também levou à majoração do ICMS total destacado na Nota Fiscal, constando o montante de R\$282,14 (duzentos e oitenta e dois reais e quatorze centavos), quando o ICMS correto seria o valor de R\$131,17 (cento e trinta e um reais e dezessete centavos), conforme devidamente escriturado pela Impugnante em seu Livro de Saída.

Invocou para o caso a aplicação do princípio da verdade material.

Sobre a questão citou decisão do STJ, no *RECURSO ESPECIAL* nº 1089785/MG, *Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 11/03/2009. No mesmo sentido a APELREEX 200271080120892, JORGE ANTONIO MAURIQUE, TRF 4ª Região - PRIMEIRA TURMA, 22/09/2009.*

Ainda em relação ao exercício de 2010, afirmou que algumas Notas Fiscais foram consideradas indevidamente pela fiscalização em duplicidade. São elas: de 05/2010: NFs 21, 101,159, 191, 288 e 392; de 10/2010: NF 3088. Pediu que as referidas Notas Fiscais sejam expurgadas da presente autuação, sob pena de atribuir ao Erário Estadual enriquecimento ilícito em face da impugnante.

Para o exercício de 2011, enfatizou que a Fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 34 a 38 do Auto de Infração.

A Impugnante, por sua vez, acostou ao PAF cópia das páginas do Livro de Saída do exercício de 2011, Apuração do ICMS dos meses de 01/2011 e 02/2011, bem como cópia dos DANFE's que comprovariam o regular recolhimento do imposto para o período, na seguinte ordem: 01/2011 (Doc. 11) e 02/2011 (Doc. 12).

Declarou que no referido período autuado houve o regular recolhimento do imposto apurado.

Que a maior parte das Notas Fiscais autuadas se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Nesses casos, o ICMS destacado na Nota Fiscal é escriturado no Livro de Saída, respectivamente, no campo "Outras" e "Isentas ou Não Tributadas", o que foi desconsiderado pela Fiscalização, levando à cobrança indevida de imposto.

Salientou, ainda, que houve desmembramento no lançamento das Notas no Livro de Saída que continham mais de um CFOP, ou seja, há um lançamento para cada (CFOP 5102, 5403, 5405), o que não foi observado pela Auditora Fiscal.

Que há, ainda, na planilha acostada ao Auto de Infração, Notas Fiscais autuadas que foram efetivamente canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação do órgão fazendário, conforme Livro de Saídas para este período. Fez referência aos seguintes documentos: Notas Fiscais nºs 5085, 5132, 5219, 5336, emitidas em 01/2011; e Notas Fiscais nºs 5387, 5445, 5447, 5483, 5544, 5598, 5619 e 5670, emitidas no mês de 02/2011.

A Impugnante anexou cópia do pagamento do referido imposto das competências a seguir relacionadas (Docs. 11 e 12): 01/2011: R\$ 15.237,88; 02/2011: R\$18.009,41.

Para o exercício de 2012, relatou que a Fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 40 a 66 do Auto de Infração.

Já a Impugnante juntou cópia das páginas do Livro de Saída do exercício de 2012, Apuração do ICMS dos meses de 01/2012 a 12/2012, bem como cópia dos DANFE's que comprovariam o regular recolhimento do imposto para o período, na seguinte ordem: 01/2012 (Doc. 13); 02/2012 (Doc. 14); 03/2012 (Doc. 15); 04/2012 (Doc. 16); 05/2012 (Doc. 17); 06/2012 (Doc. 18); 07/2012 (Doc. 19); 08/2012 (Doc. 20); 09/2012 (Doc. 21); 10/2012 (Doc. 22); 11/2012 (Doc. 23) e 12/2012 (Doc. 24)

Ressaltou, que no período em exame, houve o correto lançamento das Notas Fiscais relacionadas no Auto de Infração (referentes aos meses 01/2012 a 12/2012) no livro de Saída, com o devido destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, bem como que houve o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Que da mesma forma que nos exercícios anteriores, a maior parte das Notas Fiscais autuadas se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Nesses casos, o ICMS destacado na Nota Fiscal foi escriturado no Livro de Saída, respectivamente, no campo "Outras" e "Isentas ou Não Tributadas", o que foi desconsiderado pela Fiscalização, levando à cobrança indevida de imposto nas respectivas operações.

Salientou que também, que houve desmembramento no lançamento das Notas no Livro de Saída que continham mais de um CFOP, ou seja, há um lançamento para cada (CFOP 5102, 5403, 5405), o que não foi observado pela Auditora Fiscal.

Que há ainda, na planilha acostada ao Auto de Infração, Notas Fiscais autuadas que foram efetivamente canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação pelo órgão fazendário, conforme livro de Saída relacionado a este período. Nessa situação listou os seguintes documentos fiscais: Notas Fiscais nºs 13141, 13207, 13281, 13313, 13339, 13404, 13429, 13504, 13570, 13574, 13711, emitidas em 01/2012; Notas Fiscais nºs 13854, 13897, 13992, 13995, 13996, 13999, 14000, 14002, 14075, 14096, 14242, 14254, 14358, emitidas em 02/2012; Notas Fiscais nºs 14416, 14545, 14607, 14613, 14652, 14657, 14707, 14781, 14803, 14865, 14909, 14980, 15096, emitidas em 03/2012; Notas Fiscais nºs 15193, 15300, 15362, 15388, 15435, 15441, 15479, 15497, 15550, 15616, 15617, 15716, emitidas em 04/2012; Notas Fiscais nºs 15802, 15808, 15812, 15833, 15837, 15968, 15981, 16021, 16101, 16185, 16236, 16243, 16337, 16416, 16417, 16428, 16497, emitidas em 05/2012; Notas Fiscais nºs 16572, 16582, 16677, 16726, 16770, 16860, 16867, 16891, 16996, 17002, 17070, emitidas em 06/2012; Notas Fiscais nºs 17187, 17326, 17362, 17367, 17376, 17488, 17489, 17600, 17646, 17730, emitidas em 07/2012; Notas Fiscais nºs 17794, 17822, 17916, 17928, 17941, 17952, 18024, 18064, 018100, 18181, 18182, 18245, 18270, 18372, 18390, 18405, emitidas em 08/2012; Notas Fiscais nºs 18450, 18583, 18636, 18811, 18814, 18824, 18895, 18912, emitidas em 09/2012; Notas Fiscais nºs 6, 52, 73, 118, 147, 149, 150, 179, 249, 323, 362, 363, 366, 429, 465, 483, 532, 603, 664, 713, 779, 814, 816, 845, 931, 975, 987, 993, emitidas em 10/2012; Notas Fiscais nºs 1047, 1129, 1145, 1225, 1228, 1248, 1258, 1282, 1387, 1437, 1485, 1497, 1517, emitidas em 11/2012; e Notas Fiscais nºs 1672, 1680, 1729, 1737, 1757, 1760, 1865, 1927, 1952 e 1962, emitidas em 12/2012.

A impugnante anexou à presente defesa cópia do pagamento do ICMS referente às competências relacionadas na tabela abaixo:

MÊS	ICMS APURADO E PAGO
01/2012	21.097,79
02/2012	21.959,21
03/2012	22.608,98
04/2012	3.107,82
05/2012	275,04+21041,36= 21.316,40
06/2012	22.817,91

Apresentou também para o exercício de 2012, uma relação de Notas Fiscais que foram consideradas indevidamente pela fiscalização em duplicidade, conforme tabela reproduzida à fl. 89 dos autos.

Pediu a exclusão das Notas Fiscais computadas em duplicidade, sob pena de se atribuir ao Erário Estadual enriquecimento ilícito em face da Impugnante.

Pediu a total exclusão do lançamento dos valores relacionados à infração 1.

No que se refere à infração 2, a defesa afirmou que o lançamento tem origem em uma suposta ausência de escrituração das Notas Fiscais nos exercícios de 2010 e 2011. Todavia, a impugnante declarou que todas as Notas Fiscais autuadas foram devidamente escrituradas no Livro de Saída, com o devido destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, em conformidade com os documentos fiscais, não havendo qualquer divergência entre eles ou mesmo insuficiência de pagamento de imposto.

Passou em seguida a fazer uma análise da questão por exercício fiscal.

Para o exercício de 2010, pontuou que a fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 69 a 70 do Auto de Infração. Já a Impugnante acostou cópia das páginas do Livro de Saída do exercício de 2010 (Doc. 25).

Disse que houve no caso em exame a regular escrituração das Notas Fiscais relacionadas no Auto de Infração no Livro de Saídas, com o devido destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, bem como que houve o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Informou ainda que a Nota Fiscal nº 404, emitida em 25/05/2010, foi cancelada dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação pelo órgão fazendário, conforme Livro de Saídas, relacionado a este período.

Para o exercício de 2011, a Fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 72 e 73 do Auto de Infração. Já a impugnante juntou cópia das páginas do Livro de Saídas do exercício de 2011 (Doc. 26), para atestar o lançamento a débito e o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Consignou ainda que as Notas Fiscais nºs 5536, 5540, emitidas em 02/2011; Notas Fiscais nºs 6827 e 7807, emitidas em 04/2011; e Nota Fiscal nº 7974, emitida em 05/2011, foram canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação deste do órgão fazendário, conforme Livro de Saídas, relacionado a este período.

Por fim, a Impugnante anexa a presente defesa a cópia do pagamento do ICMS das competências relacionadas na tabela abaixo:

COMPETÊNCIA	ICMS APURADO E PAGO
05/2010	34.641,17
06/2010	1.403,58
07/2010	SALDO CREDOR
08/2010	2.055,30
09/2010	11.840,32
10/2010	12.468,23
01/2011	15.237,88
02/2011	18.009,41
03/2011	13.717,67
04/2011	2.123,67
05/2011	20.716,65
06/2011	8.207,09

Ao concluir, a defesa pede também a total exclusão do débito lançado no item 2 do Auto de Infração haja vista que todas as Notas Fiscais autuadas estariam devidamente escrituradas no Livro de Saídas, sendo o valor do imposto destacado nas mesmas e devidamente recolhido aos cofres estaduais, conforme se pode verificar no Livro de Apuração de ICMS dos meses de 05 a 10/2010 e 01/2011 a 06/2011 (Docs. 25 e 26).

Formulou pedido pela realização de diligência no feito, em atenção ao princípio da verdade material.

Ao finalizar a peça defensiva formulou os seguintes pedidos:

- i) declaração de nulidade do auto de infração, pelos motivos esposados;
- ii) (ii) pela eventualidade, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, e, por conseguinte, o reconhecimento da inexistência do suposto crédito, tendo em vista que todas as Notas Fiscais autuadas estarem devidamente escrituradas nos Livros Contábeis da empresa, não havendo qualquer divergência entre as informações constantes nos documentos fiscais e nos Livros Contábeis da empresa e nem ausência ou insuficiência de imposto a pagar.

Protesta, ainda, por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal (art. 123 e 145, do RPAF/BA), para que sejam elucidadas as divergências existentes entre o entendimento das fiscais e aquilo que fora aventado pela Impugnante, bem como pelo direito de sustentar oralmente as razões aqui aduzidas.

Por fim, reiterou que os livros escriturados e devidamente autenticados estão à disposição na empresa, caso se faça necessário averiguar os dados acima descritos.

Foi prestada informação fiscal, apensada às fls. 2013 a 2040 dos autos.

Após fazer uma síntese das razões defensivas, a autuante passou a descrever como foi realizado o procedimento fiscal que resultou nas cobranças lançadas no Auto de Infração em lide.

Em seguida passou a enfrentar os argumentos defensivos utilizados para afastar a cobrança do crédito tributário.

Reconheceu que houve erro na apuração do imposto em face da inclusão das notas fiscais do estabelecimento matriz no levantamento fiscal da empresa autuada – a filial situada em Barreiras com CNPJ nº 01.966.026/0002-32.

Que este erro não foi percebido no curso da ação fiscal, somente por ocasião da informação fiscal, quando foram feitos as correlações dos livros com as tabelas eletrônicas.

Salientou ainda que todo ICMS escriturado foi efetivamente recolhido.

No tocante a cobrança do ICMS sobre operações com “substituição tributária” e as “isentas e “não tributadas”, lançadas, na escrita fiscal, pelo contribuinte, de acordo com os correspondentes CFOP's , a autuante também reconheceu o erro cometido.

Ressaltou, na peça informativa, que a empresa autuada, para superar a restrição de registro no livro de Saídas de uma só possibilidade de classificação por documento, te escriturou a mesma nota duas vezes para contemplar ambos os CFOPs. Como amostra, chamou a atenção para a nota fiscal de nº 48 encontrada no anexo "*Exemplo de escrituração- livro registro de Saídas de maio de 2010*". Disse que a os arquivos da NF-e apresenta os totais enquanto o livro apresenta subtotais por CFOP. Cada vez que a linha do livro indica uma NF (com parcelas de CFOPs diferentes) o programa a compara com a mesma NFe e seus totais, calculando diferença entre o escriturado e a NFe.

Ao final, disse que não há em diferenças na escrituração do ICMS a recolher para notas fiscais que continham itens elencados na substituição tributária.

A autuante, todavia, não acolheu os argumentos defensivos quanto à nulidade do lançamento, afirmando que o A.I. está revestido das formalidades legais com a menção de todos os documentos (livros e notas fiscais eletrônicas) que lhe serviram de suporte probatório.

Quanto às notas fiscais canceladas, relacionadas ao exercício de 2010, disse que a partir dos registros auditados no Livro de Saídas observou que a empresa não escriturava em linha própria as notas canceladas, limitando-se a informar o cancelamento no campo de “Observações” da nota imediatamente anterior ou imediatamente posterior. Assim ficou claro que o cotejamento, ao iniciar com as linhas do livro jamais incluíram as notas canceladas. Em seguida afirmou que a empresa mudou sua maneira de escriturar, a partir de maio de 2010. Passou eventualmente reservar uma linha para notas canceladas. Esta a razão da existência de notas canceladas na planilha de divergência de ICMS a recolher. Que fez em seguida uma verificação manual das notas mencionadas na impugnação.

Constatou que no Livro Fiscal estão escrituradas realmente notas canceladas. Para corroborar a afirmativa, pesquisamos o elenco de NFe canceladas obtidas pelos sistemas da SEFAZ, confirmou a maioria daquelas apontadas na peça defensiva.

Pontuou, entretanto, que não foram encontradas os registro de cancelamento das NFe 000325 e NFe 000604, de maio de 2010, NFe 001853 e NFe 2042 emitidas em agosto de 2010, razão pela qual não aceitou, parcialmente, os argumentos da autuada.

Para a Nfe 263 de maio de 2010 a autuante reconheceu que os itens do documento que foram tributados à alíquota de 173%, valor inexistente na Lei do ICMS. Enfatizou que o lançamento no livro da empresa está correto.

No que às notas fiscais duplicadas e não escrituradas a fiscalização a fiscalização elaborou novas planilhas, chegando aos seguintes resultados:

- a) NFe não escrituradas- não há nenhuma;
- b) NFe com erro de escrituração – 4 registros, indicados como cancelados no Livro de saídas mas para os quais não encontramos registro de cancelamento nos sistemas Sefaz, perfazendo uma diferença de ICMS a recolher no valor de R\$94,81.

Para o exercício de 2011 acatou a exclusão das notas fiscais de vendas de produtos elencados na substituição tributária. Com relação às NFs canceladas, a fiscalização realizou a mesma verificação manual e concluiu que todas foram canceladas exceto a NFe 50685, pois não foi encontrado o arquivo de cancelamento no sistema da SEFAZ.

Considerando todos os elementos acima descritos, a fiscalização elaborou novas planilhas, chegando aos seguintes resultados:

- a) NFe não escrituradas- não há nenhuma;
- b) NFe com erro de escrituração – 1 registro, relativo à NFe 5085, supracitada, perfazendo uma diferença de ICMS a recolher no valor de R\$141,85.

Para o exercício de 2012 a autuante também acatou a exclusão das notas fiscais de vendas de produtos elencados na substituição tributária. Com referência às notas fiscais canceladas a fiscalização realizou a mesma verificação manual e não encontrou o arquivo de cancelamento no sistema SEFAZ para as notas fiscais a seguir listadas: 16572, 17.362 , 18181, 179.

Considerando todos os elementos acima descritos, a fiscalização elaborou novas planilhas, chegando aos seguintes resultados:

- a) NFe não escrituradas - Apenas as notas fiscais cujo arquivos de cancelamento não foram encontrados: 4 registros, num total de R\$552,07, de ICMS a recolher;
- b) NFe com erro de escrituração – não foram detectados erros de escrituração.

Ao concluir a peça informativa a autuante declarou que restaria a recolher a quantia de R\$788,73, valor muito inferior ao mínimo que o RPAF/99 indica para Auto de Infração.

Cientificado da revisão operada na informação fiscal a empresa ingressou com petição, juntada às fls. 2.051/2052, subscrita por sua sócia administradora. Afirmou concordar com a redução do débito efetuada pela autuante, conforme razões já esposadas na peça defensiva, porém, em relação ao crédito remanescente, no valor de R\$788,73, disse que o mesmo é proveniente de notas fiscais cujos registros de cancelamento não foram identificados pela auditora fiscal. Fez referência às NF-E's nºs 000325, 000604, 001853, 2042, 5045, 16572, 17362, 18181 e 179. Juntou às fls. 2.054 a 2.100 (doc. 1), extratos para provar o cancelamento das referidas notas fiscais dentro do prazo previsto no Ato Cotepe/ICMS nº 33/08, que previa prazo não superior a 168 horas. Ressaltou que as notas fiscais em questão não resultaram em saídas de mercadorias do estoque da empresa, não constituindo, portanto, fato gerador do ICMS.

Reiterou o pedido de declaração de IMPROCEDÊNCIA total do Auto de Infração, inclusive com o reconhecimento das reduções de imposto realizadas pela autuante.

Instada a se manifestar acerca da manifestação do contribuinte, a autuante apenas após o seu ciente à fl. 2.106 do processo.

Na assentada de julgamento o contribuinte apresentou memoriais, reiterando os termos da sua última manifestação. Os referidos memoriais foram, apensados às fls. 2.113/2.115.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações relacionadas à falta de recolhimento de ICMS em razão de divergências entre os documentos fiscais e os registros efetuados nos livros fiscais próprios, e, em razão de operações tributadas não levadas à escrituração e apuração do

imposto devido, conforme se encontra detalhado no relatório acima. A exigência fiscal totalizou a cifra de R\$109.6690,77, abrangendo meses dos exercícios de 2010, 2011 e 2012.

A defesa, em relação à primeira imputação, apontou diversas inconsistências do levantamento fiscal.

Para o exercício de 2010, consignou que as notas fiscais consideradas como não escrituradas sequer pertenciam à impugnante (Deusdete Souza Souza Santiago & Cia Ltda, CNPJ nº 01.966.026/0002-32), estabelecimento filial, mas tratava-se em verdade de documentos da matriz (CNPJ nº 01.966.026/0001-51). Sustentou a aplicação ao caso do princípio da autonomia dos estabelecimentos, citando como exemplo as seguintes notas fiscais, listadas à fl. 80 dos autos: NFs nº 601, 728, 790, 794, 917, 1052, 1472, 1540, 1558, 1601, 1742, 1749, 1772, 1875, 2039, 2083, 2213, 2220, 2256, 2289, 2330, 2352, 2366, 2390, 2405, 2407, 2455, 2542, 2576, 2594, 2640, 2716, 2733, 3019, 3022, 3062, 3100, 3172, 3314, 3359, 3422, 3459, 3515, 3518, 3557 e 3560.

A autuante, na informação fiscal, reconheceu que houve erro na apuração do imposto em face da inclusão das notas fiscais do estabelecimento matriz no levantamento fiscal da empresa autuada – a filial situada em Barreiras com CNPJ nº 01.966.026/0002-32. Foi destacado ainda que este erro não foi percebido no curso da ação fiscal, somente por ocasião da informação fiscal, quando foram feitos as correlações dos livros com as tabelas eletrônicas do A.I. Salientou ainda que todo ICMS escriturado foi efetivamente recolhido.

A defesa afirmou ainda que a fiscalização desconsiderou o ICMS destacado no campo "outras", quando se tratava de operações com substituição tributária e "isentas" e "não tributadas", o que teria gerado também a suposta divergência de valores. Registrou que a maior parte das notas autuadas se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Em relação às operações sujeitas à substituição consignou que recebe as mercadorias com imposto retido na fonte e nas suas operações subsequentes, no Estado da Bahia, promove as saídas sem tributação, não havendo nem débito nem crédito a ser lançado.

A autuante, por sua vez, também reconheceu o erro cometido em relação à cobrança do ICMS sobre operações com “substituição tributária” e as “isentas e “não tributadas”, lançadas, na escrita fiscal, pelo contribuinte, de acordo com os correspondentes CFOP’s. Ressaltou, na peça informativa, que a empresa autuada, para superar a restrição de registro no livro de Saídas de uma só possibilidade de classificação por documento, escriturou a mesma nota duas vezes para contemplar os vários CFOPs. Como amostra, chamou a atenção para a nota fiscal de nº 48 encontrada no anexo "*Exemplo de escrituração- Livro registro de Saídas de maio de 2010*". Disse que a os arquivos da NFe apresenta os totais enquanto o livro apresenta subtotais por CFOP. Cada vez que a linha do livro indicava uma NF (com parcelas de CFOPs diferentes) o programa a compara com a mesma NFe e seus totais, calculando diferença entre o escriturado e a NFe.

Ao final, a autuante disse que não há diferenças na escrituração do ICMS a recolher para notas fiscais que continham itens elencados na substituição tributária.

A defesa, relação às notas fiscais nºs 000211, 000302, 000319, 000325, 000330, 000366, 000604, 000671 e 000687, emitidas em 05/2010; as Notas Fiscais nºs 000760, 000887, 000958, 000990, emitidas em 06/2010; as Notas Fiscais nºs 001128, 001136, 001201, 001213, 001291, 001699, emitidas em 07/2010; as Notas Fiscais nºs 001853, 001990, 002011, 002042, emitidas em 08/2010; a Nota Fiscal nº 002521, emitida em 09/2010; Nota Fiscal nº 003230, emitida em 10/2010; Nota Fiscal nºs 003759 e 003965, emitidas em 11/2010; e Notas Fiscais nºs 004130, 004201, 004361, 004490, 004679, 004690 e 004708, emitidas em 12/2010, informou que as mesmas foram canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação do órgão fazendário. Juntou cópia do livro de Saídas.

Listou, ainda às fls. 83/84, relação de notas fiscais não pertencentes ao estabelecimento autuado e sim a loja matriz (CNPJ nº 01.966.026/0001-51), alegando a ilegitimidade da autuada para a cobrança da suposta falta de recolhimento do imposto.

Apontou equívoco quanto ao lançamento da Nota Fiscal nº 263, emitida em 19/05/2010. Isso porque não haveria qualquer divergência entre o ICMS devido e o escriturado no Livro de Saída. Que houve em verdade um equívoco na aplicação da alíquota do ICMS em um dos itens da referida Nota Fiscal – Item nº 19108. Nesta, foi lançado o ICMS para o mencionado item com a aplicação da alíquota de 173%, ao invés de 17%, o que resultou na majoração do ICMS deste item de R\$16,45 (dezesseis reais e quarenta e cinco centavos) para R\$167,41 (cento e sessenta e sete reais e quarenta e um centavos), consequentemente também levou à majoração do ICMS total destacado na Nota Fiscal, constando o montante de R\$282,14 (duzentos e oitenta e dois reais e quatorze centavos), quando o ICMS correto seria o valor de R\$131,17 (cento e trinta e um reais e dezessete centavos), conforme devidamente escriturado pela Impugnante em seu livro de Saída.

As divergências acima foram também acatadas, pela autuante, na fase de informação fiscal.

Ainda em relação ao exercício de 2010, a defesa afirmou que algumas Notas Fiscais foram consideradas indevidamente pela fiscalização em duplicidade. São elas: de 05/2010: NFs 21, 101,159, 191, 288 e 392; de 10/2010: NF 3088. Pediu que as referidas Notas Fiscais sejam expurgadas da presente autuação, sob pena de atribuir ao Erário Estadual enriquecimento ilícito em face da impugnante.

Para o exercício de 2011, a defesa enfatizou que a fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 34 a 38 do Auto de Infração. A Impugnante, por sua vez, acostou ao PAF cópia das páginas do Livro de Saída do exercício de 2011, Apuração do ICMS dos meses de 01/2011 e 02/2011, bem como cópia dos DANFE's que comprovariam o regular recolhimento do imposto para o período, na seguinte ordem: 01/2011 (Doc. 11) e 02/2011 (Doc. 12).

Declarou que no referido período autuado houve o regular recolhimento do imposto apurado.

Que a maior parte das Notas Fiscais autuadas em 2011 se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Nesses casos, o ICMS destacado na Nota Fiscal é escriturado no livro de Saída, respectivamente, no campo “Outras” e “Isentas ou Não Tributadas”, o que foi desconsiderado pela fiscalização, levando à cobrança indevida de imposto.

Salientou, ainda, que houve desmembramento no lançamento das Notas no livro de Saída que continham mais de um CFOP, ou seja, há um lançamento para cada (CFOP 5102, 5403, 5405), o que não foi observado pela Auditora Fiscal.

Que há, ainda, na planilha acostada ao Auto de Infração, Notas Fiscais autuadas que foram efetivamente canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação do órgão fazendário, conforme livro de Saídas para este período. Fez referência aos seguintes documentos: Notas Fiscais nºs 5085, 5132, 5219, 5336, emitidas em 01/2011; e Notas Fiscais nºs 5387, 5445, 5447, 5483, 5544, 5598, 5619 e 5670, emitidas no mês de 02/2011.

A Impugnante anexou cópia do pagamento do referido imposto nas competências a seguir relacionadas (Docs. 11 e 12): 01/2011: R\$15.237,88; 02/2011: R\$18.009,41.

A autuante, na informação fiscal, reconheceu os erros apontados na peça defensiva.

Para o exercício de 2012, a defesa relatou que a fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 40 a 66 do Auto de Infração. Já a impugnante juntou cópia das páginas do livro de Saída do exercício de 2012, Apuração do ICMS dos meses de 01/2012 a 12/2012, bem como cópia dos DANFE's que comprovariam o regular recolhimento do imposto para o período, na seguinte ordem: 01/2012 (Doc. 13); 02/2012 (Doc. 14); 03/2012 (Doc. 15); 04/2012 (Doc. 16); 05/2012 (Doc. 17); 06/2012 (Doc. 18); 07/2012 (Doc. 19); 08/2012 (Doc. 20); 09/2012 (Doc. 21); 10/2012 (Doc. 22); 11/2012 (Doc. 23) e 12/2012 (Doc. 24).

Ressaltou, que no período em exame, houve o correto lançamento das Notas Fiscais relacionadas no Auto de Infração (referentes aos meses 01/2012 a 12/2012) no Livro de Saída, com o devido

destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, bem como que houve o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Que da mesma forma que nos exercícios anteriores, a maior parte das Notas Fiscais autuadas se refere a operações substituídas (CFOP 5405) ou isentas. Nesses casos, o ICMS destacado na Nota Fiscal foi escriturado no Livro de Saída, respectivamente, no campo “Outras” e “Isentas ou Não Tributadas”, o que foi desconsiderado pela Fiscalização, levando à cobrança indevida de imposto nas respectivas operações.

Salientou que também, que houve desmembramento no lançamento das Notas no livro de Saída que continham mais de um CFOP, ou seja, há um lançamento para cada (CFOP 5102, 5403, 5405), o que não foi observado pela Auditora Fiscal. Ilma. Fiscal.

Que há ainda, na planilha acostada ao Auto de Infração, Notas Fiscais autuadas que foram efetivamente canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação pelo órgão fazendário, conforme Livro de Saídas, relacionado a este período. Nessa situação listou os seguintes documentos fiscais: Notas Fiscais nºs 13141, 13207, 13281, 13313, 13339, 13404, 13429, 13504, 13570, 13574, 13711, emitidas em 01/2012; Notas Fiscais nºs 13854, 13897, 13992, 13995, 13996, 13999, 14000, 14002, 14075, 14096, 14242, 14254, 14358, emitidas em 02/2012; Notas Fiscais nºs 14416, 14545, 14607, 14613, 14652, 14657, 14707, 14781, 14803, 14865, 14909, 14980, 15096, emitidas em 03/2012; Notas Fiscais nºs 15193, 15300, 15362, 15388, 15435, 15441, 15479, 15497, 15550, 15616, 15617, 15716, emitidas em 04/2012; Notas Fiscais nºs 15802, 15808, 15812, 15833, 15837, 15968, 15981, 16021, 16101, 16185, 16236, 16243, 16337, 16416, 16417, 16428, 16497, emitidas em 05/2012; Notas Fiscais nºs 16572, 16582, 16677, 16726, 16770, 16860, 16867, 16891, 16996, 17002, 17070, emitidas em 06/2012; Notas Fiscais nºs 17187, 17326, 17362, 17367, 17376, 17488, 17489, 17600, 17646, 17730, emitidas em 07/2012; Notas Fiscais nºs 17794, 17822, 17916, 17928, 17941, 17952, 18024, 18064, 018100, 18181, 18182, 18245, 18270, 18372, 18390, 18405, emitidas em 08/2012; Notas Fiscais nºs 18450, 18583, 18636, 18811, 18814, 18824, 18895, 18912, emitidas em 09/2012; Notas Fiscais nºs 6, 52, 73, 118, 147, 149, 150, 179, 249, 323, 362, 363, 366, 429, 465, 483, 532, 603, 664, 713, 779, 814, 816, 845, 931, 975, 987, 993, emitidas em 10/2012; Notas Fiscais nºs 1047, 1129, 1145, 1225, 1228, 1248, 1258, 1282, 1387, 1437, 1485, 1497, 1517, emitidas em 11/2012; e Notas Fiscais nºs 1672, 1680, 1729, 1737, 1757, 1760, 1865, 1927, 1952 e 1962, emitidas em 12/2012.

A Impugnante anexou à defesa tabela discriminativa dos pagamentos do ICMS referentes às competências relacionadas do ano de 2012, reproduzido à fl. 88 dos autos.

Apresentou também para o exercício de 2012, uma relação de Notas Fiscais que foram consideradas indevidamente pela Fiscalização em duplicidade, conforme tabela reproduzida à fl. 89 dos autos. Pediu a exclusão das Notas Fiscais computadas em duplicidade, sob pena de se atribuir ao Erário Estadual enriquecimento ilícito em face da Impugnante.

A autuante, na informação fiscal, mais uma vez acolheu os argumentos defensivos para o exercício de 2012, procedendo à exclusão das cobranças relacionadas a este período.

No que se refere à infração 2, a defesa afirmou que o lançamento tem origem em uma suposta ausência de escrituração das Notas Fiscais nos exercícios de 2010 e 2011. Todavia, a impugnante declarou que todas as Notas Fiscais autuadas foram devidamente escrituradas no livro de Saída, com o devido destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, em conformidade com os documentos fiscais, não havendo qualquer divergência entre eles ou mesmo insuficiência de pagamento de imposto.

Passou em seguida a fazer uma análise da questão por exercício fiscal.

Para o exercício de 2010, pontuou que a fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 69 a 70 do Auto de Infração. Já a Impugnante acostou cópia das páginas do Livro de Saída do exercício de 2010 (Doc. 25).

Disse que houve no caso em exame a regular escrituração das Notas Fiscais relacionadas no Auto de Infração no Livro de Saídas, com o devido destaque do imposto, nas que tiveram débito apurado, bem como que houve o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Informou ainda que a Nota Fiscal nº 404, emitida em 25/05/2010, foi cancelada dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação pelo órgão fazendário, conforme Livro de Saídas, relacionado a este período.

Para o exercício de 2011, a Fiscalização relacionou as Notas Fiscais autuadas às páginas 72 e 73 do Auto de Infração. Já a impugnante juntou cópia das páginas do livro de Saídas do exercício de 2011 (Doc. 26), para atestar o lançamento a débito e o regular recolhimento do imposto no período autuado.

Consignou ainda que as Notas Fiscais nºs 5536 e 5540, emitidas em 02/2011; Notas Fiscais nºs 6827 e 7807, emitidas em 04/2011; e Nota Fiscal nº 7974, emitida em 05/2011, foram canceladas dentro do prazo legalmente permitido, com a devida homologação deste do órgão fazendário, conforme Livro de Saídas, relacionado a este período.

Por fim, a Impugnante anexou à peça de defesa cópias do pagamento do ICMS das competências relacionadas aos exercícios de 2010 e 2011, reproduzido à fl. 91 dos autos.

Também em relação à infração 2, a autuante reconheceu os erros apontadas na peça de defesa, fazendo a exclusão da maior parte dos valores exigidos.

A Auditora Fiscal não acatou tão somente o cancelamento relacionado às notas fiscais eletrônicas (NFe) nº 000.325, 000.604 (mai/2010); 001.853 e 2.042 (ago/2010); NFe 5085 (ano de 2011); e, NFe's 16.572, 17.362, 18.181 e 179, totalizando o ICMS a recolher de R\$ 788,73.

Em relação às NF-E's nºs 000325, 000604, 001853, 2042, 5045, 16572, 17362, 18181 e 179 a defendente juntou às fls. 2.054 a 2.100 do PAF (doc. 1), extratos para provar o cancelamento das referidas notas fiscais dentro do prazo previsto no Ato Cotepe/ICMS nº 33/08.

Observo que os referidos extratos de cancelamento não foram impugnados pela autuante, em sua manifestação acostada à fl. 2.106 dos autos, limitando-se a apor o seu ciente quanto às provas juntadas nesta fase pela defendente.

Observo, por fim, que as notas fiscais em questão não resultaram em saídas de mercadorias do estoque da empresa, não constituindo, portanto, fato gerador do ICMS.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, posto que as provas juntadas na fase de defesa e após informação fiscal, elidiram totalmente as cobranças objeto do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0001/14-5**, lavrado contra **DEUSDETE SOUZA SANTIAGO & CIA LTDA**.

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, 16 de dezembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR