

A. I. Nº - 206951.0003/13-1
AUTUADO - EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A EBAL
AUTUANTE - GERALDA INES TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 06.2.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-05/15

EMENTA: ICMS. 1 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 3 ALÍQUOTA. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. A defesa foi apresentada de forma resumida nestas três infrações, sem maiores esclarecimentos, apenas refutando o cometimento. Procedentes as infrações por falta de apresentação de quaisquer provas que elidisse os respectivos lançamentos, nos termos do art. 143 do RPAF. Infrações 1, 2 e 3 não elididas. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. O impugnante não se defendeu, apenas alegou que as datas de vencimento estariam prorrogadas por força do Parecer 3066/2004 da GECOT/DITRI, sem apresentar cópia do parecer ou os documentos comprobatórios da arrecadação do imposto, ainda que em data posterior. Infração 6 procedente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O registro de notas fiscais em outras inscrições, provoca distorções, estabelecendo dúvidas se os registros naquelas filiais foram acompanhadas também da entrada física das mercadorias, ou se entraram no estabelecimento autuado e foram registradas em outras, inclusive com o registro do crédito feito de forma indevida. As notas fiscais de embalagens são tributáveis e devem ser multadas com 10% do valor das aquisições e as demais, maioria, não tiveram qualquer comprovação de registro. Infração 4 procedente. b) MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. Na infração 5, a autuante acertadamente acatou as notas fiscais que eram destinadas a uma outra inscrição da EBAL, e não a esta que foi autuada, reduzindo o lançamento. Infração procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 30/09/2013, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$326.610,07, pelas infrações a seguir relacionadas:

- 1 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89, sendo lançado imposto no valor de R\$226.209,98 acrescido da multa de 60%.
- 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, sendo o valor de R\$18.519,04 acrescido da multa de 60%.
- 3 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$3.275,11, acrescido da multa de 60%.
- 4 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme cópias e demonstrativos anexos ao PAF, sendo lançada a multa no valor de R\$71.150,73.
- 5 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$5.857,01.
- 6 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo lançado imposto no valor de R\$1.598,20, acrescido da multa de 60%.

O impugnante apresentou peça impugnatória ao presente lançamento de ofício às fls. 1.164/66, onde aduz resumidamente, que na infração 1, calculou a antecipação tributária utilizando os percentuais de MVA, aplicados por mercadoria, e aproveitou os créditos referentes às notas fiscais de aquisição dos mesmos, conforme planilha de cálculo entregue à fiscalização. Quanto à infração 2, diz que não se apoderou de valores a crédito referente à mercadorias adquiridas por regime de substituição tributária, conforme constam na escrituração regular do livro Registro de Entradas.

No que diz respeito à infração 3, também nega o cometimento e informa que utilizou as alíquotas cabíveis nas saídas por transferência, das mercadorias citadas no auto de infração. Que quanto à infração 4, declara que todas as mercadorias recebidas efetivamente em seu estabelecimento estão escrituradas no livro de Registro de Entradas, sendo esta a única condição para que o fornecedor receba o pagamento da fatura respectiva. Que a simples existência da Nota Fiscal não prova que a EBAL recebeu estas mercadorias e que a mesma pode ter sido recusada por estar em desacordo com o contrato de compra, e que a auditora fiscal não forneceu cópias destas citadas Notas Fiscais.

Já na infração 5, declara ser impossível receber mercadorias sem o devido registro fiscal, pois é impossível gerar estoque, e se não há estoque, é impossível transferir as mercadorias para as filiais, como também é impossível pagar ao fornecedor, e que a auditora fiscal não forneceu cópias destas Notas Fiscais. Na Infração 6, alega que goza de regime especial que prorroga o prazo de recolhimento do imposto em 180 dias, conforme Parecer GECOT/DITRI nº. 3066/2004. Por conseguinte, o vencimento da possível diferença apontada no recolhimento do ICMS não seria 09/10/2010, 09/11/2010 e 09/01/2011 e sim 09/04/2011, 09/05/2011 e 09/06/2011 respectivamente e que assim, diante dos fatos esclarecidos, vem requerer a improcedência total do auto de infração nº. 206951.0003/13-3.

A autuante apresenta informação fiscal às fls.1.171/73, onde inicialmente, ressalta que a empresa apresenta sua contestação através de um representante não qualificado legalmente para fazê-lo, já que nas informações cadastrais da mesma (anexa), o Sr. Moacir Rodrigues de Sousa, além de

estar em situação irregular como sócio da empresa, não responde legalmente pela mesma, pois não tem procuração para tal.

Aduz que o representante ilegítimo da empresa, após transcrever textualmente a acusação fiscal, inicia sua argumentação alegando que todo o tributo teria sido pago. Porém, não apresenta provas que possam elidir qualquer das 6 infrações apuradas nos livros e documentos da empresa, e se limita apenas em afirmar que as mesmas não procedem, o que esta em desacordo com o que determina o art. 123 do RPAF.

Ressalta que foi feita a impugnação de forma sucinta e inconsistente, e que quanto à infração 1, alega que o demonstrativo de débito referente a essa infração foi elaborado com base nas notas fiscais eletrônicas emitidas para a empresa, e se por ventura alguns desse documentos não foram emitidos para a autuada, cabe a ela provar esse fato, já que no referido demonstrativo consta o CNPJ das emitentes, o que facilita a identificação, de quais os documentos não constituem compras feitas pela mesma.

Que na infração 2, a defesa se limita apenas a afirmar que não utilizou o crédito referente à mercadoria adquirida com imposto por antecipação tributária. Ocorre que bebidas alcoólicas, a partir de 04/2009 voltaram a ser enquadradas na antecipação tributária e a impugnante continuou a utilizar o crédito desse tipo de mercadoria, conforme livro Registro de Entrada fls. 444 , 468, 469, 470, 481, 482, 493, 495, 496, 500 e assim sucessivamente.

Que nas infrações 3, 4 e 5, a defesa alega não ter recebido cópias das notas fiscais, e que esse argumento não é valido para elidir essas infrações, já que durante mais de quarenta dias o processo permaneceu na carteira de auto da Inspetoria à disposição da autuada para vistas, e também para tirar cópias das peças processuais, caso a requerente julgasse necessárias.

Na infração 6 a impugnante alega equivocadamente que a diferença apurada no conta corrente fiscal se deve ao benefício do Regime Especial de pagamento de 180 dias que a empresa possui, o que não procede, pois a apuração do ICMS é mensal e não tem nada a ver com prazo de vencimento, já que a auditoria é feita com base no regime de competência, que não tem relação com data de pagamento e ou vencimento, e o que importa são os cálculos que estão incorretos.

Na fl. 1195, foi encaminhado pedido de diligência, para que fosse fornecido ao impugnante as provas que resultaram nas infrações 4 e 5, que estão compreendidas entre as fls. 122 e 355, reabrindo prazo de defesa de 30 dias, e para que fosse juntado procuração do representante legal, razão pela qual às fls. 1.199 foi juntada a procuração.

Às fls. 1.210/1.212, foi apresentada manifestação acerca da diligência, referente às infrações 4 e 5 do referido auto de infração, oportunidade em que Junta planilha (anexo I) onde relaciona todas as Notas Fiscais e DANFE indicando a data de escrituração fiscal e justifica a razão da ausência da mesma, fazendo as seguintes considerações:

I – As Notas Fiscais das fls 149 a 159 e das fls 171 a 189 são de aquisição de material de embalagem, e foram escrituradas no livro de Registro de Entradas da Matriz, Inscrição Estadual nº 02.162.397.

II – As Notas Fiscais das fls. 201, 203 e 205 estão destinadas às filiais de Senhor do Bonfim e Buerarema, respectivamente e estão devidamente escrituradas.

III – As Notas Fiscais das fls. 272 a 295 emitidas por Peças Comércio de Peças Ltda. referem-se a aquisição de material de consumo (peças para veículos), adquiridas com recursos do Fundo Fixo (Caixa), destinado a pequenas despesas.

IV - O Sr. Moacir Rodrigues de Souza detém mandato como Diretor Financeiro da Empresa Baiana de Alimentos S/A - EBAL, por força de nomeação do Conselho de Administração desta empresa, cuja ata segue em anexo.

Explica que dentre as atribuições do Diretor Financeiro, está a de Coordenar a Análise Tributária da empresa, conforme previsão do Regimento Interno (págs. 12 e 34), podendo, portanto, exercer o direito de defesa em nome desta, prestando declarações no processo administrativo em destaque.

De qualquer sorte, por extrema cautela, e em respeito a este órgão, segue em anexo procuração com poderes de representação para o referido Diretor, reiterando-se, por oportuno, todos os atos já praticados no presente feito para que produzam os seus jurídicos efeitos. Seguem, além da procuração acima referida, o Estatuto Social e o Regimento Interno da EBAL, dos quais também fica requerida a juntada aos autos. Diante dos fatos esclarecidos, a autuada vem requerer a improcedência total das infrações 4 e 5 apontadas no Auto de Infração nº. 206951.0003/13-3.

A autuante apresenta nova informação fiscal, quando ressalta que a empresa volta a apresentar uma contestação desprovida de provas, onde não reconhece nenhuma das infrações elencadas no auto, e apenas questiona as infrações 4 e 5 sem contudo apresentar provas que possa elidir as mesmas.

A impugnante apresentou cópia(não autenticada), da ata reunião que deliberou sobre nomeação do Sr. Moacir Rodrigues de Souza como Diretor Financeiro da empresa, e uma procuração delegando poderes ao referido diretor para representar a autuada juntamente com o Estatuto da Empresa Baiana de Alimentos S/A - EBAL. Porém, segundo as informações cadastrais da SEFAZ o referido Diretor está como sócio irregular.

A autuada dessa feita, apenas anexa uma listagem tentando justificar o fato das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos referente as infrações 4 e 5 não estarem lançadas. Porém não junta provas de suas alegações.

O impugnante diz que as notas fiscais de fls. 149 a 159 e 171 a 189 se referem à aquisição de material de embalagem e por isso não constitui operação tributada, e isto não procede. Já que no artigo 93 inciso I "a" do RICMS/BA Dec. 6.284/97, material de embalagem gera crédito. Assim sendo, o tratamento tributário necessariamente será de mercadoria tributada.

Alega ainda que o impugnante diz que os referidos documentos estão registrados nos livros da Matriz com inscrição estadual nº 02.162.397. Que cabe ressaltar que, de acordo com o art. 42 do RICMS/BA Dec. 6.284/97, vigente à época do fato gerador do imposto, os estabelecimentos são autônomos e possuem escrituração distinta, não podendo registrar na matriz notas de mercadorias destinada às suas filiais e tem que fazer necessariamente as transferências da mercadoria de um estabelecimento para outro e como se vê, a impugnante não atende ao que está prescrito no supracitado artigo.

Quanto as alegações feitas no item 2 da manifestação, os documentos de folhas 201, 203, e 205 não pertencem a autuada e assiste razão à defesa. Tal equívoco foi sanado nessa oportunidade e refeitos novos demonstrativos, e corrigido o erro apontado pela defesa, o que reduz o valor apurado na infração 5 de R\$5.857,01 (cinco mil oitocentos e cinquenta e sete reais e hum centavos) para R\$5.825,86(cinco mil oitocentos e vinte e cinco reais e oitenta e seis centavos), conforme novo demonstrativo de cálculo anexo a esta informação.

No item 3, a autuada argumenta que as notas fiscais da empresa Peças Comércio de Peças Ltda se referem á aquisição de material de consumo (peças para veículos). O fato das mercadorias terem sido adquiridas para consumo, não dispensa o registro da nota fiscal no Livro Registro de Entradas e nos demais livros contábeis, de acordo o que determina o art. 322, I do RICMS/BA Dec.6.284/97, vigente à época do fato gerador da multa que, assim expressa:

"Art.322.O livro Registro de Entrada, modelos 1 e 1-A(Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração

.....

I-das entradas, a qualquer titulo, de mercadorias ou bens no estabelecimento."

Por ser mercadoria de tributação antecipada, a multa foi de 1% do valor comercial da mesma.

No item IV, a impugnante apenas argumenta que o Sr. Moacir Rodrigues de Souza possui Mandato como Diretor Financeiro da Empresa Baiana de Alimentos S/A EBAL e que possui poderes para representá-la junto a SEFAZ.

Que diante do exposto e de todas as provas que compõe o presente PAF, pede-se, que seja o Auto julgado PROCEDENTE em parte em razão da dedução procedida na infração 5.

VOTO

Constato inicialmente, que todas as infrações estão perfeitamente descritas, com os respectivos enquadramentos e as multa tipificadas. Os demonstrativos estão anexados ao processo, com as respectivas provas anexadas ao PAF.

À fl. 1.149 consta intimação do autuado para apresentar defesa ao lançamento de ofício, em que segue em anexo além do auto de infração, cópias dos demonstrativos e provas em que foram lastreadas as infrações imputadas. Alegado o cerceamento de defesa, por conta do impugnante não haver recebido cópias dos documentos das infrações 4 e 5, às fls. 1195, foi encaminhado pedido de diligência, para que fosse fornecido ao impugnante cópias dos documentos correspondentes que estão compreendidos entre as fls. 122 e 355, reabrindo prazo de defesa de 30 dias, e também para que fosse juntado procuração do representante legal, razão pela qual às fls. 1.199 foi juntada a procuração.

Às fls. 1.210/1.212, o impugnante apresenta manifestação acerca das citadas infrações e procuração do Diretor Moacir Souza, conferindo poderes para representar os interesses do contribuinte junto à Secretaria da Fazenda. Assim, pelo exposto, foi cumprido o devido processo legal e oferecida a mais ampla defesa, razões pelas quais não vislumbro quaisquer motivos que ensejem a nulidade processual, e assim passo ao julgamento de mérito.

Primeiro, há de se analisar a questão da ilegitimidade do representante da empresa, arguida pela autuante, pelo fato da pessoa que assinou a peça defensiva não ter apresentado procuração e estar em situação irregular como sócio.

Embora conste à fl. 1.174, que o Diretor Moacir Rodrigues de Sousa esteja irregular e não é o Responsável legal perante o CNPJ, em consulta recente, e anexada a este PAF, embora ainda continue como sócio irregular, não há nenhuma restrição quanto ao fato de ser ou não representante legal, e embora irregular, ao contrário de outros, não aparece data de término da sua relação com a empresa, como acontece com outros diretores. Na diligência foi juntada procuração, e assim, e em respeito ao princípio da informalidade e da ampla defesa, acato o documento da empresa que nomeia o Diretor Financeiro como representante legal, e passo ao julgamento de mérito.

A defesa foi apresentada de forma resumida nestas 3 infrações, sem maiores esclarecimentos, apenas refutando o cometimento ou o não recebimento das provas em que se baseiam o procedimento, mas que foram entregues mediante diligência. Quanto à simples negativa da ocorrência das infrações, vejamos o que diz o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, nos seus artigos 140, 142 e 143:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, a título de exemplo, transcrevo a defesa da infração 1, onde o impugnante diz que “calculou a antecipação tributária utilizando os percentuais de MVA, aplicados por mercadoria, e aproveitou os créditos referente as notas fiscais de aquisição dos mesmos, conforme planilha de cálculo entregue à fiscalização”.

Repete a negativa na infração 2, quando diz apenas que “*não se apoderou de valores a crédito referente à mercadorias adquiridas por regime de substituição tributária*”. O mesmo argumento foi também repetido na infração 3, quando “*informa que utilizou as alíquotas cabíveis, nas saídas por transferência, das mercadorias citadas no Auto de Infração*”.

Ora, se neste caso a empresa calculou corretamente o imposto, não se apropriou do crédito e aplicou a alíquota correta, caberia apresentar um exemplo retirado do demonstrativo efetuado pelo autuante, apontando o seu erro, de forma a contrapor o seu cálculo tido como correto, com a MVA aplicada, e o fundamento legal correspondente, a alíquota corretamente aplicada e a prova pelos registros dos livros fiscais que não teria se apropriado incorretamente de créditos fiscais e não simplesmente negando que tenha calculado de forma errada a antecipação tributária. Assim, ante o exposto, considero procedentes as infrações 1, 2 e 3 por falta de apresentação de quaisquer provas que elidisse os respectivos lançamentos, nos termos do art. 143 do RPAF. Infrações 1, 2 e 3 procedentes.

No caso das infrações 4 e 5, foram fornecidos na diligência as cópias das notas fiscais, quando o impugnante pode então apresentar a defesa, que se resumem nos seguintes aspectos:

- algumas notas registradas em outros estabelecimentos
- algumas notas de materiais de embalagem
- algumas notas que foram acatadas na informação fiscal
- maior parte das notas fiscais do lançamento não tiveram comprovação de registro.

Na infração 4, a autuante entendeu de não fazer qualquer alteração. Isto porque parte das notas fiscais de mercadorias tributáveis, embora destinadas à inscrição que consta neste auto em lide, foram registradas em outra inscrição. Tal situação revela, em princípio, ausência de má fé, já que as notas foram efetivamente registradas em outra inscrição, mas tal situação, de fato, não desobriga o impugnante de pagar a multa.

Nos termos do art. 136 do CTN, “*salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*”. Quanto às embalagens, a isenção se restringe às saídas internas quando destinadas a acondicionar o produto vendido sem que seja cobrado o valor do adquirente, mas suas aquisições são tributadas, inclusive com pagamento de antecipação parcial e utilização de crédito fiscal pelas aquisições.

O registro de notas fiscais em outras inscrições, provoca distorções, estabelecendo dúvidas se os registros naquelas filiais foram acompanhadas também da entrada física das mercadorias, ou se entraram no estabelecimento autuado e foram registradas em outras, inclusive com o registro do crédito feito de forma indevida. As notas fiscais de embalagens são tributáveis e devem ser multadas com 10% do valor das aquisições e as demais, maioria, não tiveram qualquer comprovação de registro. Infração 4 procedente.

Na infração 5, a autuante acertadamente acatou as notas fiscais que eram destinadas a uma outra inscrição da EBAL, e não a esta que foi autuada, reduzindo o lançamento para o valor abaixo indicado, conforme o demonstrativo refeito:

MÊS	OCORRÊNCIA	MULTA 1%
jan/09	31/01/2009	79,07
fev/09	28/02/2009	53,58
mar/09	31/03/2009	68,42
abr/09	30/04/2009	17,71
mai/09	31/05/2009	367,45
jun/09	30/06/2009	1,25

jul/09	31/07/2009	270,63
ago/09	31/08/2009	534,44
set/09	30/09/2009	853,69
out/09	31/10/2009	3
nov/09	30/11/2009	904,13
dez/09	31/12/2009	198,18
jan/10	31/01/2010	37,68
fev/10	28/02/2010	13,55
mar/10	31/03/2010	62,11
abr/10	30/04/2010	12,27
mai/10	31/05/2010	49,9
jun/10	30/06/2010	190,46
jul/10	31/07/2010	8,44
ago/10	31/08/2010	856,36
set/10	30/09/2010	42,99
out/10	31/10/2010	13,27
nov/10	30/11/2010	688,94
dez/10	31/12/2010	498,33
TOTAL		5.825,85

Infração 5 procedente em parte.

Na infração 6, decorrente de erro na apuração do imposto, o impugnante não se defendeu, apenas alegou que as datas de vencimento estariam prorrogadas por força do parecer 3066/2004 da GECOT/DITRI, sem apresentar cópia do parecer ou os documentos comprobatórios da arrecadação do imposto, ainda que em data posterior.

No entanto, independente ou não da apresentação do parecer, é fato que os benefícios fiscais são concedidos mediante cumprimento das normas regulamentares, principalmente quanto ao recolhimento dos impostos no prazo. Assim, se o contribuinte recolheu a menos o ICMS, perdeu o benefício da dilação de prazo, e o vencimento passa a ser o normal, no dia 09 do mês subsequente à apuração do imposto. Infração 6 procedente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **206951.0003/13-1** lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A EBAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$249.602,33** acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, “a” e “d”, e VII, “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$76.976,58**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI da mesma lei, e dos acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de janeiro de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSE CARLOS BACELAR - JULGADOR