

A. I. N° - 278996.0003/14-0
AUTUADO - IMA DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 07.07.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0105-02/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ATIVO IMOBILIZADO. A autuada desincumbiu-se do seu ônus processual em evidenciar a ocorrência de fato extintivo do crédito tributário, tendo logrado êxito em provar o estorno do crédito indevidamente apropriado em sua escrita. Infração elidida; **b) IMPOSTO DESTACADO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL.** Infração confessada. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. a) DEVOLUÇÕES.** Infração confessada. **b) SAÍDAS NORMAIS.** Como a regra geral de incidência dispõe que incide o imposto nas saídas de mercadorias a qualquer título, é preciso que a autuada colacione provas ao processo que nos convençam de que a operação autuada se enquadra em uma daquelas exceções, de suspensão do imposto, previstas no art. 280, inciso IV do RICMS/12. Infração caracterizada; **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES.** A responsabilidade pelo imposto incidente nas operações de fornecimento de mercadorias, por parte de empresas optantes pelo simples nacional, não é da microempresa, mas da empresa que dela adquire. Soa despropositado, por conseguinte, querer amparar tais operações na sistemática do simples nacional já que tal regime tributário simplificado teve por objetivo favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, mas jamais as empresas submetidas ao regime normal de tributação. Infração caracterizada. **b) CONTRATAÇÃO DE FRETE.** Infração não contestada; **4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA.** Infração não contestada; **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS EM VALOR INFERIOR AO DAS SAÍDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Para se opor ao levantamento, faz-se necessário que o sujeito passivo aponte qual o valor correto dos dados primários a serem considerados no levantamento fiscal, sem o que a sua contestação carece de especificação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/09/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$122.307,53, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 01.03.12: Utilizou crédito de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no mês de dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$1.574,92. Multa proposta: 60%. Consta que: “contribuinte se creditou de ICMS de valor acima do permitido pela legislação. Conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 02 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de fevereiro de 2010. Valor do ICMS: R\$583,87. Multa proposta: 60%. Consta que: “empresa efetuou a devolução de mercadorias tributadas sem o destaque e respectivo recolhimento do ICMS. Consoante demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 03 – 02.10.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de março, julho, outubro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, janeiro a fevereiro, abril a setembro e novembro a dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$15.795,30. Multa proposta: 60%. Consta que: “O contribuinte não recolheu ICMS diferido referente às refeições fornecidas aos seus funcionários. Conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 04 – 02.01.17: Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas, nos meses de janeiro, março e maio de 2010, fevereiro, abril, junho e dezembro de 2011, janeiro, abril e outubro de 2012. Valor do ICMS: R\$4.509,34. Multa proposta de 60%. Consta que: “Referente a aquisições de inúmeras mercadorias utilizando notas fiscais de prestação de serviços, sem o devido recolhimento de ICMS, conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março, maio e dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$71,10. Multa proposta de 60%. Consta que: “Contribuinte vendeu mercadorias tributadas para consumidor final em outra unidade da federação com alíquota para contribuinte de imposto (ICMS). Conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 06 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de maio de 2012. Valor do ICMS: R\$20.452,70. Multa proposta de 60%. Consta que: “Contribuinte deu saída a mercadoria tributadas (sic) sem o destaque e recolhimento do ICMS, consoante demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 07 – 02.07.03: Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviços de transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas, no mês de julho de 2010. Valor do ICMS: R\$72,00. Multa proposta de 60%. Consta que: “Contribuinte deixou de recolher imposto ICMS sobre frete operação interestadual. Conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 08 – 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de imposto a maior no documento fiscal, no mês de fevereiro de 2010. Valor do ICMS: R\$4.180,00. Multa proposta de 60%. Consta que: “Contribuinte se creditou de mercadoria tributada em outra unidade da federação com alíquota para não contribuinte sem amparo legal da legislação. Conforme demonstrativo em anexo ao Auto de Infração.”;

INFRAÇÃO 09 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, no mês de dezembro de 2010. Valor do ICMS: R\$75.068,30. Multa proposta de 100%. Consta que: “Deu saída a mercadoria tributadas (sic) sem a devida missão de documento fiscal (escrituração). Conforme demonstrativo em anexo”.

A autuada apresenta impugnação às folhas 160 a 340, mediante a qual contesta parcialmente o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Inicialmente, declara que reconhece o débito relativo às infrações 05 e 07, cujo valor original já providenciou a quitação.

Quanto à infração 01, explica que enviou mercadorias de sua propriedade integrantes do seu ativo imobilizado (mesas, cadeiras, impressoras, armários) para utilização em sua filial através das Notas Fiscais de saídas nºs 1720, 1721 e 1723 de 15.06.2011 e 2098 de 11.07.2011, sendo devidamente tributados pelo ICMS, conforme atestam as notas fiscais emitidas em anexo a esta peça. Prossegue, explicando que, quando do retorno dessas mercadorias, emitiu nota fiscal de entradas nºs 4140, 4142, e 4143 de 15.12.2011 e nº 4370 de 30.12.2011, destacando o ICMS nestas notas fiscais conforme cópia que anexa.

Pede que seja julgada improcedente esta infração, pois alega que o autuante não observou, na apuração do ICMS do mês de dezembro de 2011, o estorno de crédito registrado no livro de Entradas das Notas Fiscais nºs 4140, 4141, 4142, 4143 e 4370 no montante total de R\$1.957,14. Para comprovação do quanto alega, anexa cópia do livro registro de apuração de ICMS onde atesta o estorno de crédito das referidas notas fiscais.

Quanto à infração 02, explica que adquiriu mercadorias para utilização em seu processo fabril da empresa Keko Acessórios Ltda., tendo efetuado a devolução destas mercadorias por não estarem de acordo com as especificações desejadas.

Reconhece o equívoco operacional no momento da emissão da Nota Fiscal nº 20044, onde se verifica que apenas 02 (dois) itens desta nota saíram com a alíquota de 0% para tributação do ICMS deixando assim de ser tributado o imposto devido para estes itens. Alega, contudo, que não houve quaisquer indício de dolo ou má fé para a operação, devendo restar-lhe o direito de quitar o valor principal, não devendo o contribuinte ser penalizado pela aplicação de multa abusiva conforme veda expressamente a Constituição Federal evitando-se assim qualquer efeito de Confisco por parte do poder público.

Ensina que a multa fiscal origina-se de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória. Para o caso em tela, afirma que não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa. Colaciona a doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho em apoio à sua tese.

Arremata a sua peça defensiva, neste ponto, afirmando que não existe razão lógica na pretensão estatal em querer cobrar a multa aqui vergastada, deixando ao contribuinte a via estreita desta defesa administrativa, para buscar o reconhecimento do seu direito quanto ao não pagamento desta exação vexatória.

Quanto à infração 03, explica que contratou a empresa Ana Claudia Ferreira Pereira com Inscrição Estadual nº 16.332.122-ME, para fornecer refeições aos seus funcionários. Informa que a empresa citada encontra-se desde a ocasião em que foi contratada, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia e enquadrada na condição de microempresa. Explica, ainda, que tanto a legislação federal como a estadual, prevê um tratamento diferenciado para a tributação das micro e empresas de pequeno porte, visando à desoneração das mesmas de tributação elevada, para que possam ser mais competitivas no segmento de atuação dos seus negócios.

Afirma que o autuante desconsiderou as normas previstas no Dec. nº 6.284/97 – RICMS/BA, destinadas às Micro e Empresas de Pequeno Porte, aplicando à autuada as sanções previstas, para as empresas que descumprem as obrigações, na contratação de fornecimento de refeições, por empresas enquadradas no Cadastro de Contribuintes como “normais”, onde se aplica o tratamento de substituição tributária por diferimento, de que trata o Capítulo III do RICMS/BA.

Alega que, ao contratar os serviços de fornecimento de refeições da empresa Ana Claudia Ferreira Pereira, aplicou as determinações do RICMS/97, no tocante ao tratamento tributário diferenciado das Micro e Empresas de Pequeno Porte, por estar ela inscrita e enquadrada como tal. Afirmo que o autuante não considerou que a empresa Ana Claudia Ferreira Pereira, com Inscrição Estadual nº 16.332.122-ME, está enquadrada no Simples Nacional onde determina, a Legislação vigente, que essas empresas recolhem seus impostos de forma diferenciada. Assim, entende que não observou que além de estar devidamente enquadrada como Microempresa no cadastro de contribuinte, Ana Claudia Ferreira Pereira cumpriu na íntegra as obrigações acessórias imputadas a essa categoria de contribuinte, emitindo suas notas fiscais com o destaque exigido pelo RICMS, onde consta a expressão: “Este Documento não Gera Crédito do ICMS”. Prossegue, afirmando que, de forma injusta, o autuante, ao desconsiderar o enquadramento de Microempresa do fornecedor de refeições, impôs, à autuada, as exigências cabíveis quando da contratação de empresas enquadradas como “normais” onde se aplica o instituto da Substituição Tributária por Diferimento, exigindo que a autuada seja responsabilizada pela falta de recolhimento da empresa contratada e enquadrada como Microempresa, o que não tem amparo legal, segundo assevera.

Alega que desnecessária seria a lavratura do presente auto se o autuante tivesse acatado a situação real do enquadramento da empresa contratada na condição de Microempresa, o que se pode comprovar até o momento, que a mesma continua enquadrada nesse regime diferenciado de tributação. Advoga que não se pode aplicar a punição determinada pelo autuante com a afirmativa de que: “Na ausência de recolhimento pela microempresa, recai a responsabilidade sob o estabelecimento adquirente na forma do art. 343, XVIII do Dec. nº 6284/97 –RICMS, pois o dispositivo legal mencionado é para ser aplicado em empresas que contratem fornecedores de refeições que sejam contribuintes “normais”, quando então se aplicará a substituição tributária por Diferimento”.

Diante do exposto, requer a decretação da improcedência desta infração.

Quanto à infração 04, explica que contratou para prestação de serviços de carpintaria e serralheria algumas empresas exclusivamente prestadoras de serviços para confecção de grades e suportes. Assegura que a contratação foi de prestação de serviços, não havendo questionamento quanto a incidência de ICMS, pois os serviços contratados estão dispostos na Lei Complementar nº 116/2003, transcritos na Lista anexa à Lei, devidamente explicitado no Item 14 e sub item 14.13 (14.13 – Carpintaria e serralheria). Explica, ainda, que, conforme as notas fiscais em anexo, cumpriu rigorosamente o que determina a Lei específica no que tange a retenção do imposto devido na operação sendo o ISS – Imposto sobre serviços.

Ante o exposto roga pela improcedência desta infração.

Quanto à infração 06, explica que recebeu a título de remessa para demonstração algumas peças constantes nas Notas Fiscais nºs 43 e 44 da empresa MES Energia Soluções Alternativas Renováveis, tendo tais mercadorias sido devidamente retornadas após sua verificação, observando o prazo de retorno, conforme legislação

Informa que recebeu as peças para demonstração a fim de avaliar o seu funcionamento e características, decidindo, por fim, se deve adquiri-la ou não, objetivando, desta forma, a avaliação das suas características físicas, de desempenho, de segurança, de qualidade, etc. Informa, ainda, que, após as verificações e análises realizou o retorno dessas peças para a empresa remetente, conforme atesta através das Notas Fiscais nºs 5671 e 5633.

Salienta que estas peças foram devidamente retornadas ao estabelecimento remetente no prazo de 35 dias após todas as verificações necessárias, obedecendo assim o prazo total de retorno estabelecido na legislação vigente. Por isso, requer a improcedência desta infração.

Quanto à infração 08, explica que adquiriu mercadorias que serão utilizadas como insumos em seu processo produtivo apropriando-se do crédito do ICMS. Ao efetuar o registro da nota fiscal de

aquisição dos insumos de produção não observou a aplicação da alíquota devida para a operação tendo sido efetuado o crédito indevido sobre a alíquota aplicada equivocadamente pelo remetente das mercadorias onde utilizou a alíquota de 18%, devendo esta ser aplicada para as operações com não contribuintes. Declara que reconhece o erro operacional em questão, em tempo, e requer que tal valor seja deduzido do montante do saldo credor escriturado à época em seu livro registro de ICMS.

Considerando que tenha havido equívoco contábil e que tenha escriturado crédito que não poderia dispor com base do art. 100 do RICMS e seus incisos, entende que estaria sujeito apenas à anulação do crédito. Ademais, frisa que não houve dolo ou má-fé, que ensejasse aplicação de multa abusiva e confiscatória no percentual de 60% do valor do imposto.

Quanto à infração 09, declara que em conformidade com a legislação, processa indistintamente o registro de todos os documentos fiscais adentrados em seu estabelecimento assim como todas as operações de saídas são devidamente acobertados por documento fiscal. Para comprovação do quanto alega, anexa à sua peça as fichas de controles dos seus estoques de produtos onde se verifica a movimentação de seus estoques controlando os saldos iniciais e finais sendo também controles eficazes de contabilização devidamente demonstradas em seu Balanço.

Ensina que o Levantamento Fiscal específico consiste na atividade da administração tributária tendente a apurar, dentro de certo período, a realidade contábil-financeira do contribuinte, identificando as mercadorias existentes no estabelecimento comercial no início do período fiscalizado (Estoque Inicial), a quantidade de mercadorias que foi adquirida durante o período (Entradas), a quantidade de mercadorias que foi vendida (Saídas), a quantidade de mercadorias que existia ao final daquele exercício (Estoque Final), as despesas, além de outros encargos e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário de mercadorias e a identificação de outros elementos informativos. Prossegue, afirmando que o procedimento citado tem por escopo o conhecimento, por parte da Administração, da realidade comercial, contábil e financeira do contribuinte, fornecendo subsídios que possam configurar indícios de alguma irregularidade.

Conclui, então, que as informações constantes do dito procedimento administrativo são de fundamental importância para que toda e qualquer alegação por parte da Administração Tributária seja comprovada, ou ainda, para que a lavratura de auto de infração esteja firmada sobre sólidos argumentos e provas contundentes.

Face o exposto, requer a improcedência desta infração

Diante de todos os fundamentos expostos, requer e espera que seja acolhido a improcedência das infrações nºs 01, 02, 03, 04, 06, 08 e 09 do presente auto de infração. Todavia, caso este colegiado entenda não haver elementos suficientes para julgamento, a impugnante roga a realização de diligências e/ou perícia, nos termos do art. 123, § 3º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA).

Para tanto, além da documentação colacionada a esta defesa, disponibiliza à fiscalização toda a escrituração e documentos contábeis. Por fim, coloca-se à inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento deste procedimento administrativo.

Nestes termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 348 a 354, contra arrazoando o que segue.

Quanto à infração 01, alega que o autuado não faz nenhuma prova de que o valor estornado de R\$1.957,14 esteja efetivamente vinculado aos créditos do ativo imobilizado, objeto da referida autuação, mas comprova, apenas, que estornou um crédito. Afirma, contudo, que o autuado não faz liame entre estes referidos créditos e os valores referentes ao crédito indevido glosado na infração. Afirma que verificou que nem mesmo os valores são iguais (da infração e do estorno).

Além disso, alega que a autuada, também, não faz nenhuma outra demonstração que comprove o elo entre um fato e outro.

Alega, por fim, que o contribuinte só faz alusão a algumas notas referentes ao mês de dezembro de 2011. Em nenhum momento cita ou comprova a movimentação efetuada dos ativos do dia 26/06/2011, referentes à Nota Fiscal nº 1736 (IMPRESSORA JATO DE TINTA HP DESKJET F4280 e SCANNER HP SCANJET G2710).

Conclui, assim, que não existe possibilidade de acatar o argumento do contribuinte por faltar elementos robustos que efetivamente demonstrem que houve estorno do crédito dos ativos citados no Auto de Infração.

Quanto à infração nº 02, alega que, nessa infração, o contribuinte é réu confesso, pois aqui, o próprio autuado reconhece seu erro. Explica que, em sua defesa, apenas diz que não houve nenhuma má-fé, nem nenhum indício de dolo. Ao final, reclama do valor excessivo da multa.

Neste sentido, explica que a atividade fiscal é plenamente vinculada, não existindo nenhuma possibilidade de discutir a respeito do valor excessivo da multa (percentual), pois o valor resulta da aplicação do percentual definido em lei e este não é criado pelo Fisco. Logo, mantém o lançamento com a respectiva incidência da multa.

Quanto à infração nº 03, informa que a alimentação (o fornecimento), objeto da infração cometida pela empresa, na época, era fornecida por 3 (três) empresas: Ana Claudia Ferreira; Milton Silva Araujo Cruz e Maria de Lourdes Lima, consoante se vê às páginas compreendidas entre os números 41 até a 119 (parte anexa ao Auto de Infração). Prossegue, informando que o contribuinte apenas se referiu, em sua defesa, à empresa Ana Claudia Ferreira. Assim, entende que esteja acatando a infração cometida nas outras duas fornecedoras de alimentos.

Afirma que o autuado é responsável pelo recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições para serem fornecidas aos seus empregados, na forma da lei. Diz que o contribuinte alega que a empresa Ana Claudia Ferreira é microempresa e assim não deveria pagar o ICMS. Contra argumenta, contudo, que a empresa Ana Claudia Ferreira nunca, em nenhum momento, nos períodos compreendidos pela fiscalização, recolheu aos cofres públicos estaduais nenhum centavo (conforme anexos às páginas 38 a 40).

Assim, conclui que, na qualidade de responsável por substituição, fica a empresa autuada indicada, por força de lei, pelo pagamento do tributo devido. Conclui, portanto, que o autuado tem obrigação legal de quitar o ICMS diferido pelo fornecimento da alimentação, na entrada do seu estabelecimento, pois a lei obriga que ele pague o tributo devido. Defende não haver outra interpretação.

Quanto à infração nº 04, afirma que o contribuinte, em sua defesa, faz uma confusão entre serviços e fabricação de mercadorias, pois os serviços têm como origem a palavra latina *servitium* que significa a ação de servir. É o ato que alguém, por qualquer motivo (inclusive pecuniário), faz de modo espontâneo ou a pedido/ordem de outra pessoa.

Explica que, no caso em tela, o autuado adquiriu mercadorias tributadas sem a competente Nota Fiscal exigida pela Legislação Tributária para a operação. Ou seja, adquiriu mercadorias tributáveis com Nota Fiscal de Prestação de Serviço, sem destaque e recolhimento do ICMS devido na operação, sendo responsável, portanto, solidariamente pelo recolhimento do tributo.

Defende que essas mercadorias, objeto da discussão, são grades, suportes, bancadas, tampas, calhas, grampos balcão, trilhos, forros, espelhos, persianas, molduras etc., consoante cópia das Notas Fiscais anexas ao auto de infração (páginas 128 até 138).

Assegura que houve a efetiva circulação de mercadorias, encontradas no estabelecimento do autuado sem as devidas Notas Fiscais exigidas por força de lei. Garante que não foi simplesmente uma prestação de serviços. Conclui que, neste caso, configura-se a incidência do tributo ICMS cujo fato gerador foi a aquisição daquelas mercadorias.

Quanto à infração nº 06, afirma que as mercadorias constantes do demonstrativo de débito à fl. 225 do PAF, embora recebidas a título de “demonstração”, são comercializadas pela Autuada. Ou

seja, explica que são mercadorias revendidas (especificamente à Ford). Explica que não está tratando de mercadorias adquiridas para uso e/ou consumo do estabelecimento e ativo imobilizado, mas de mercadorias para comercialização, tributadas normalmente.

Por conseguinte, conclui que suas saídas, a qualquer título, são tributadas normalmente. Afirma que o fato é que o autuado promoveu saídas de mercadorias tributadas sem destaque e recolhimento do ICMS, evento este confessado expressamente e comprovado na ação fiscal.

Quanto à infração nº 08, explica que o contribuinte reconhece o erro, admite o equívoco cometido. Solicita, tão somente, que o valor cobrado pela infração seja abatido do montante de seu presumido saldo credor e aproveita, também, para solicitar, com a argumentação de que não houve má-fé (dolo), a retirada da multa de 60% por ser (no seu entender) abusiva.

Explica que, neste sentido, valem os mesmos comentários já expostos na infração de nº 2. Reitera que a atividade do auditor fiscal é plenamente vinculada, adstrita aos mandamentos legais. Assim, raciocina que não existe nenhuma possibilidade de qualquer discussão a respeito do valor excessivo da multa neste foro.

Quanto à infração nº 09, Ensina que a idéia de processo, seja ele jurisdicional ou administrativo, tem como fundamento a existência de algo que exija a intervenção do Estado. Havendo dois ou mais lados com entendimentos diferentes acerca de qualquer questão (Civil, Penal, Administrativa, Tributária etc.), surge o que o Direito chama de Lide. Transcreve a Doutrina de Carnellutti em apoio ao seu ponto de vista.

Explica que, no caso em pauta, o Estado fiscalizador, através de um seu representante (Auditor Fiscal), qualificado para tal fim, após examinar documentos físicos e eletrônicos, do contribuinte, cobrou tributo oriundo de algumas irregularidades que entendeu ocorridas. Por outro lado, o autuado, com base em seu direito legítimo, respaldado na legislação (inclusive Constitucional), discordou desta infração. Argumenta que a sua não concordância, com a penalização não é condição suficiente para que o Fisco acate o seu pleito.

Alega que, neste particular, falta ao Contribuinte elementos que comprovem a sua resistência em se opor ao fato apontado na ação fiscal, pois falta ao contribuinte provas robustas do que alega em sua defesa. Afirma que, na verdade, o autuado, apenas e tão simplesmente, junta ao processo uma quantidade razoável de notas fiscais e de alguns documentos de movimentação de mercadorias, mas em nenhum momento faz uma prova capaz de elidir os números apresentados. Alega que houve, apenas, uma negação dos fatos com uma defesa ampla e abstrata que em nenhum momento aborda o fato concretamente.

Alega que o autuado não consegue, através das suas provas documentais, fornecer nenhum elemento que comprove o que alega, pois não existe um liame lógico entre os seus documentos acostados aos autos (cópias de notas e livros de movimentação de mercadorias) e a infração. Assim, conclui que faltou ao Autuado, em sua defesa, trazer elementos que efetivamente sejam suficientes para comprovar o que alega.

Diante do exposto, requer o autuante a total procedência do Auto de Infração em discussão.

Constam extrato SIGAT fls. 357359.

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos de débito, conforme folhas 10 a 36. Acostou, inclusive, cópias dos documentos fiscais que dão respaldo ao lançamento, às folhas 41 a 145. Entendo, portanto, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Indefiro o pedido de perícia, pois os elementos contidos nos autos revelam-se suficientes à formação do meu convencimento.

Quanto ao mérito, a autuada concordou com o lançamento naquilo que se refere às infrações 05 e 07, tendo inclusive declarado que fez a anexação de cópia do DAE, quitado no valor original de R\$143,10, acrescido das multas reduzidas pelo benefício da antecipação do recolhimento dentro do prazo estabelecido, conforme trecho da sua peça defensiva, à folha 161, abaixo transcrito.

“A AUTUADA, por entender que descumpriu algumas das obrigações principais e acessórias de que trata o RICMS/BA, acata as Infrações abaixo especificadas e anexa cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, devidamente quitado no valor original de R\$143,10 (Cento e quarenta e três reais e dez centavos), acrescido das multas reduzidas pelo benefício da antecipação do recolhimento dentro do prazo estabelecido.”

Assim, entendo que não subsiste a lide no que se refere às infrações citadas. Tenho, portanto, por procedentes as infrações 05 e 07.

Quanto à infração 01, a acusação fiscal consistiu em *“Utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação”*. A autuada contestou o lançamento, neste ponto, alegando que promoveu o estorno de tais operações no mês de dezembro de 2011. Para comprovação do quanto alega, anexa cópia do livro de apuração, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 162, abaixo reproduzido.

“A AUTUADA roga pela improcedência desta infração considerando que o AUTUANTE não observou na apuração do ICMS do mês de dezembro de 2011, o estorno de crédito registrado no livro de entradas das notas fiscais nºs 4140, 4141, 4142, 4143 e 4370 no montante total de R\$ 1.957,14, a AUTUADA anexa cópia do livro registro de apuração de ICMS onde atesta o estorno de crédito das referidas notas fiscais..”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, afirmando que não há provas de que o valor estornado se refira às notas fiscais objeto da autuação, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça informativa à folha 349, abaixo transcrito.

“Sucedee que, o autuado não faz nenhuma prova de que o valor exigido de R\$1.957,14 seja efetivamente vinculado aos créditos do ativo imobilizado, objeto da referida autuação.

Comprova, apenas, que estornou um crédito. Contudo não faz liame entre estes referidos créditos e os valores referentes ao crédito indevido glosado na infração..”

Analisando os elementos de prova acostados ao processo, é possível constatar que, efetivamente, o sujeito passivo deixou de fazer menção expressa ao número dos documentos fiscais a que se refere o estorno, incorrendo, portanto, em erro escritural. Observa-se, contudo, que o valor estornado no livro de apuração de dezembro de 2011 (cópia às folhas 174 a 176) perfaz um total de R\$1.957,23, montante que coincide com a soma do imposto destacado nas Notas Fiscais nºs 4140 (R\$762,79), 4141 (R\$487,14), 4142 (R\$343,09), 4143 (R\$229,50) e 4370 (R\$134,71), em coerência com o que afirma a defesa, à folha 162, em trecho acima já reproduzido.

Assim, embora o valor do estorno não coincida com aquele lançado no Auto de Infração, é possível explicar-se a diferença, pois nem todos os itens destacados nos documentos fiscais foram objeto de autuação.

Entendo, assim, que a autuada desincumbiu-se do seu ônus processual em evidenciar a ocorrência de fato extintivo do crédito tributário, naquilo que se refere aos documentos fiscais acima citados, tendo logrado êxito em provar o estorno do crédito indevidamente apropriado em sua escrita.

Persiste, contudo, o lançamento naquilo que se refere ao documento nº 1736 (vide folhas 10 e 11), pois a autuada não traz qualquer prova capaz de elidir a exigência relativamente a essa nota fiscal.

Assim, julgo procedente em parte a infração 01, no montante de R\$63,14 (R\$34,58 + R\$28,56).

Quanto à infração 02, a acusação fiscal consistiu em *“falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*. A autuada reconheceu o ilícito, atribuindo-o a equívoco operacional no momento da emissão da

nota fiscal, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 162, abaixo transcrito.

“A AUTUADA reconhece o equívoco operacional no momento da emissão da nota fiscal nº 20044, onde se verifica que apenas 02 (dois) itens desta nota saíram com a alíquota de 0% para tributação do ICMS deixando assim de ser tributado o imposto devido para estes itens.”

Considerando que a própria autuada admite o cometimento da infração, é forçoso concluir que restou provado o fato que deu base ao lançamento, restando caracterizada a infração. Tenho por procedente a infração 02.

Quanto à infração 03, a acusação fiscal consistiu em *“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”*. A autuada contestou o lançamento, alegando que o fornecimento de alimentação foi contratado à empresa Ana Claudia Ferreira Pereira com Inscrição Estadual nº 16.332.122-ME, a qual está enquadrada no Simples Nacional cuja Legislação determina que essa empresa recolhe seus impostos de forma diferenciada, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 164, abaixo transcrito.

“O AUTUANTE não considerou que a empresa Ana Claudia Ferreira Pereira com Inscrição Estadual nº 16.332.122-ME, esta enquadrada no Simples Nacional onde determina a Legislação vigente, que essa empresa recolhe seus impostos de forma diferenciada.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, informando que a autuada é a responsável legal por tal pagamento, conforme se depreende de texto da sua peça informativa, à folha 350.

“Assim, na qualidade de responsável por substituição, fica a empresa autuada indicada, por força de lei, pelo pagamento do tributo devido. Logo, o autuado tem obrigação legal de quitar o ICMS diferido pelo fornecimento da alimentação, na entrada do seu estabelecimento. Assim sendo, a lei obriga que ele pague o tributo devido. Não há outra interpretação.”

Assim, o deslinde da questão passa pela análise da legislação reguladora da matéria, pois o autuante entende que o responsável pelo recolhimento é o adquirente das refeições, enquanto que a autuada sente-se desobrigada de tal.

O art. 343, inciso XVIII do RICMS/97 (vigente até março de 2012, período de ocorrência de grande parte das operações) define a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS nas operações de fornecimento de refeições, da forma a seguir.

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

*...
XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, **para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente** (grifos acrescidos);
...”*

Da leitura do dispositivo regulamentar acima, é lícito deduzir que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS incidente nas operações com fornecimento de refeições é do destinatário das mercadorias, pois somente no momento em que os bens adquiridos ingressarem em seu estabelecimento é que estará obrigado a lançar e recolher.

De fato, essa é a única interpretação cabível e que guarda conformidade com o disposto no art. 7º da Lei nº 7.014/96 (cujo texto vai abaixo reproduzido), pois o diferimento transfere a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento ao adquirente das mercadorias.

“Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.”

Assim, soa cristalina a interpretação de que a responsabilidade pelo imposto incidente nas operações de fornecimento de mercadorias, por parte de empresas optantes pelo simples nacional, não é da microempresa, mas da empresa que dela adquire.

Soa despropositado, por conseguinte, querer amparar tais operações na sistemática do Simples Nacional já que tal regime tributário simplificado teve por objetivo favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, mas jamais as empresas submetidas ao regime normal de tributação. Só se admite, por isso, estender as regras do Simples Nacional a operações atribuidoras de responsabilidade tributária às empresas nele enquadradas, por uma questão de bom senso e razoabilidade.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte), delimita o âmbito de abrangência do regime tributário instituído pelo Simples Nacional em seu art. 13, inciso VII, § 1º, inciso XII, alínea “a”, cujo texto vai reproduzido abaixo.

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

...

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

...

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

...

XIII - ICMS devido:

nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária (grifos acrescidos);

...”

Assim, é forçoso concluir que a autuada tinha obrigação legal de promover o recolhimento do ICMS diferido nas operações autuadas, assistindo razão, neste ponto, ao autuante. Tenho a infração 03 por procedente.

Quanto à infração 04, a acusação fiscal consistiu em “*Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas. Referente a aquisições de inúmeras mercadorias utilizando notas fiscais de prestação de serviços, sem o devido recolhimento de ICMS*”. A autuada contestou o lançamento, alegando que a contratação foi de prestação de serviços, pois os serviços adquiridos estão dispostos na Lei Complementar nº 116/2003, no Item 14 e subitem 14.13, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 165, abaixo transcrito.

“A AUTUADA ratifica que a contratação foi de prestação de serviços, portanto não há [nem] pode haver questionamento quanto a incidência de ICMS.

Os serviços contratados estão dispostos na Lei Complementar nº 116/2003 transcritos na Lista anexa à Lei devidamente explicitado no Item 14 e sub item 14.13 (14.13 – Carpintaria e serralheria), conforme verificamos nas notas fiscais em anexo a AUTUADA cumpriu rigorosamente o que determina a Lei específica no que tange a retenção do imposto devido na operação sendo o ISS – Imposto sobre serviços...”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, informando que a autuada adquiriu mercadorias tributadas sem nota fiscal, sendo, por isso, a responsável pelo imposto por solidariedade, conforme se depreende de texto da sua peça informativa, à folha 350.

“No caso em tela, o autuado adquiriu mercadorias tributadas sem a competente Nota Fiscal exigida pela Legislação Tributária para a operação. Ou seja, adquiriu mercadorias tributáveis com Nota Fiscal de Prestação de Serviço, sem destaque e recolhimento do ICMS devido na operação, sendo responsável, portanto, solidariamente pelo recolhimento do tributo.”

Analisando as cópias dos documentos fiscais acostadas às folhas 129 a 141, é possível perceber que as notas fiscais emitidas pela empresa ENE Manutenção e Pintura referem-se a mercadorias que foram vendidas para a autuada sem emissão da competente nota fiscal de ICMS. Diferentemente do afirma a autuada, tais operações não podem se enquadrar como prestação de serviço de carpintaria, nos termos em que lhe definiu a Lei Complementar nº 116/03, pois para tal seria necessário que o material tivesse sido fornecido pelo tomador de serviço, conforme se pode constatar pela leitura do item 14.13 da Lista de Serviços, anexa à lei complementar citada, cujo texto vai abaixo transcrito:

“Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

...

14 – Serviços relativos a bens de terceiros.

...

14.13 – Carpintaria e serralheria.”

Como se pode deduzir, trata-se de prestação de serviço a ser executado sobre bens de terceiros, de acordo com o título do capítulo 14, acima descrito. Como esse não foi o caso, entendo que assiste razão ao autuante, neste ponto específico. Julgo procedente a infração 04.

Quanto à infração 06, a acusação fiscal consistiu em *“deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas. ...”*. A autuada contestou o lançamento, alegando que as operações autuadas referem-se a retorno de mercadorias recebidas para demonstração, através das Notas Fiscais nºs 5671 e 5633, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 165, abaixo transcrito.

“A AUTUADA recebeu algumas peças para demonstração afim (sic) de avaliar seu funcionamento e características, decidindo, por fim, se deve adquiri-la ou não, objetivando, desta forma, a avaliação das suas características físicas, de desempenho, de segurança, de qualidade, etc.

Após as verificações e análises a AUTUADA realizou o retorno dessas peças para a empresa remetente, conforme atestamos através das notas fiscais nºs 5671 5633, salientamos que estas peças são foram devidamente retornadas ao estabelecimento remetente no prazo de 35 dias após todas as verificações necessárias, obedecendo assim o prazo total de retorno estabelecido na legislação vigente.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, informando que as mercadorias objetos da autuação fazem parte do negócio da empresa, a qual revende à Ford, conforme se depreende de texto da sua peça informativa, à folha 352.

“As citadas mercadorias, constantes do demonstrativo de fls. 225 (do PAF), embora recebidas a título de “demonstração”, são comercializadas pela Autuada. Ou seja, são mercadorias revendidas (especificamente à Ford).”

Examinando os dois documentos fiscais autuados (Notas Fiscais nºs 5671 e 5633), observa-se que o CFOP da operação é nº 6949 (outras saídas de mercadorias ou prestação de serviço não especificado), não havendo qualquer informação adicional que indique ser a operação de retorno de demonstração. A empresa deduz tal alegação, mas não acosta qualquer documento comprobatório da sua versão dada aos fatos. Nem mesmo, as notas fiscais anteriores de entrada que pudessem estabelecer a sua desejada vinculação com a operação de saída ora em análise.

Ora, como a regra geral de incidência dispõe que incide o imposto nas saídas de mercadorias a qualquer título, é preciso que a autuada colacione provas ao processo que nos convençam de que a operação autuada se enquadra em uma daquelas exceções, de suspensão do imposto, previstas no art. 280, inciso IV do RICMS/12, conforme abaixo.

“Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

...

IV - nas saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos;

...”

Como a autuada não se desincumbiu do seu ônus processual, entendo que restou provada a infração 06. Tenho-a por procedente.

Quanto à infração 08, a acusação fiscal consistiu em *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de imposto a maior no documento fiscal.”*. A autuada não contestou o fato, tendo admitido o erro e solicitado que o valor cobrado seja compensado com o saldo credor então existente, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 166, abaixo transcrito.

“A AUTUADA ao efetuar o registro da nota fiscal de aquisição dos insumos de produção não observou a aplicação da alíquota devida para a operação tendo sido efetuada o crédito indevido sobre a alíquota aplicada equivocadamente pelo remetente das mercadorias onde utilizou a alíquota de 18% devendo esta ser aplicada para as operações com não contribuintes. A AUTUADA reconhece o erro operacional em questão

em tempo que requer que tal valor seja deduzindo do montante do saldo credor escriturada à época em seu livro registro de ICMS conforme verificamos em anexo.”

Considerando que a própria autuada admite o cometimento da infração, é forçoso concluir que restou provado o fato que deu base ao lançamento, restando caracterizada a infração.

Quanto à solicitação de que o valor exigido seja compensado com o saldo credor existente na escrita do autuado, seria preciso que o sujeito passivo tivesse acostado provas da sua existência ao tempo da ocorrência dos fatos geradores, ou seja, em fevereiro de 2010. Como não acostou provas nesse sentido, deixo de acolher a solicitação defensiva. Tenho por procedente a infração 08.

Quanto à infração 09, a acusação fiscal consistiu em *“Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, ...”*. A autuada contestou o lançamento, alegando que registra, como exige a legislação, todos os documentos fiscais emitidos, tendo anexado fichas de controle de estoque para comprovar o quanto alega, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 165, abaixo transcrito.

“A AUTUADA preliminarmente declara que em conformidade com a legislação processa indistintamente o registro de todos os documentos fiscais adentrados em seu estabelecimento assim como todas as operações de saídas são devidamente acobertados por documento fiscal.

A AUTUADA anexa a esta peça as fichas de controles dos seus estoques de produtos onde se verifica a movimentação de seus estoques controlando os saldos iniciais e finais sendo também controles eficazes de contabilização devidamente demonstradas em seu balanço. .”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, informando que o contribuinte precisa respaldar a sua defesa com documentos que comprovem o quanto alega, conforme se depreende de texto da sua peça informativa, à folha 352.

“O autuado não consegue, através das suas provas documentais, fornecer nenhum elemento que comprove o que alega. Não existe um liame lógico entre os seus documentos acostado aos autos (cópias de notas e livros de movimentação de mercadorias) e a infração.

Assim, faltou ao Autuado, em sua defesa, trazer elementos que efetivamente sejam suficientes para comprovar o que alega.”

Analisando as razões defensivas, é possível concluir que, embora se oponha ao lançamento, a autuada não contestou qualquer dos dados primários trazidos ao processo pela autoridade fiscal, ou seja, estoques (inicial e final), entradas e saídas. Ora, a diferença de estoque apurada nada mais é do que resultado da operação aritmética entre essas quatro variáveis citadas. Se há qualquer erro no resultado (diferença), há de se traduzir em algum erro anterior, em qualquer das variáveis citadas.

Para se opor ao levantamento, faz-se necessário que o sujeito passivo aponte qual o valor correto dos estoques. Ou mesmo, quais das notas fiscais de entrada foram indevidamente consideradas. Ou ainda, qual nota fiscal de saída deixou de ser incluída, indevidamente, no demonstrativo.

Sem qualquer dessas indicações, a impugnação peca por se apresentar genérica, deixando de atender à especificidade exigida pela legislação.

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

Assim, considerando que a impugnante não especificou os erros contidos no levantamento fiscal, ao qual se opõe, entendo que restou caracterizada a infração 09. Julgo procedente a infração 09.

Quanto à solicitação de redução das multas, alegada para as infrações 02 e 08, falece competência para tal a esse colegiado na medida em que tais ilícitos não se referem a descumprimento de obrigação principal, mas sim falta de pagamento do imposto.

Assim, denego o pedido de redução das multa.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	BASE CÁLCULO R\$	ICMS R\$	MULTA	ENQUAD. LEGAL
01	9.264,23	63,14	60%	Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96
02	3.434,52	583,87	60%	Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei 7.014/96
03	92.913,53	15.795,30	60%	Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96
04	26.525,53	4.509,34	60%	Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96
05	418,24	71,10	60%	Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei 7.014/96
06	120.310,00	20.452,70	60%	Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei 7.014/96
07	600,00	72,00	60%	Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei 7.014/96
08	24.588,23	4.180,00	60%	Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei 7.014/96
09	441.578,23	75.068,30	100%	Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96
TOTAL	719.632,51	120.795,75		

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 **278996.0003/14-0**, lavrado contra **IMA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$120.795,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$45.727,45 e 100% sobre R\$75.068,30, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a", "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR