

A. I. N° - 206907.0050/14-5
AUTUADO - ELI CLÁUDIA PINTO BORGES SILVA
AUTUANTE - JOAQUIM DIAS DE CASTRO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/06/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-03/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. **b)** BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VENDA PARA CONTRIBUINTES INAPTO. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. **c)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS RELACIONADS NO ANEXO 88 DO RICMS/BA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados quando da informação fiscal diminui o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato não contestado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e de 1% respectivamente, sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Valores reduzidos na informação fiscal diante das provas apresentadas pelo autuado. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 10/06/2014, exige crédito tributário no valor de R\$41.274,37, em razão das seguintes irregularidades:

1 - 07.04.03 - deixou de proceder a retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, quando os mesmos encontravam-se baixados ou cancelados, estando com a situação cadastral como inaptos, nos meses de janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$3.092,00 acrescido da multa de 60%;

2 - 03.02.06 - recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, vendas a inaptos, nos meses de janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010, janeiro a novembro de 2011, no valor de R\$7.212,56, acrescido da multa de 60%;

3 - 07.01.01 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição , referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2010, janeiro a novembro de 2011, no valor de R\$12.666,17, acrescido da multa de 60%;

4 - 01.02.06 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, abril, outubro a

dezembro de 2010, janeiro, abril, julho a outubro de 2011, no valor de R\$1.781,54, acrescido da multa de 60%;

5 - 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$14.756,79;

6 - 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada totalizando R\$1.765,31;

O autuado impugna o lançamento fls.501/512 (vol. II). Diz que a defesa inibidora dos andamentos dos Autos de Infração está sob a égide da legislação tributária descrita nos arts. 53 e 153 do RPAF/99, sendo tempestiva em todos os seus efeitos e pretensões. Repete as infrações que lhe foram imputadas.

Aduz que é empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo destaque na comercialização de produtos alimentícios e sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assolam os empresários de nosso País e principalmente no Estado da Bahia, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais.

Sobre a infração 01, afirma que o autuante fundamenta sua argumentação na presunção que a empresa emitiu notas fiscais eletrônicas para contribuintes com situação cadastral como inaptos. Explica que no período fiscalizado, 01/01/2010 a 31/12/2011 já havia sido implantada o sistema de nota fiscal eletrônica cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emissor e pela recepção, pela Fazenda, do documento eletrônico, antes da ocorrência da circulação ou saída da mercadoria.

Prossegue afirmando que a partir do momento que o Estado recepciona um documento torna-se contraditório atribuir ao contribuinte uma infração pela emissão deste, pois, estaria atribuindo a si mesmo a responsabilidade por tal infração, vez que, possuindo os instrumentos próprios para impedir a emissão de tais notas, não o faz. Frisa que não poderia a autuada deixar de proceder a venda, já que aparentemente o instrumento fiscalizatório criou uma inicial aparência de segurança, quanto a situação fiscal do contribuinte destinatário, seu administrado, vez que, é indiscutível que a emissão de uma nota fiscal submete-se necessariamente à chancela do Estado, pois as informações vão diretamente para os bancos de dados da Secretaria da Fazenda.

Por outro lado, menciona que ainda que a empresa realize rotineiramente atualização preventiva dos seus cadastros de clientes no que concerne a pesquisa da sua situação no Cadastro do ICMS, por se tratar de estabelecimento de médio porte que realiza a emissão de notas em balcão de vendas, inviabilizaria sua atividade se, a cada nota emitida, tivesse que verificar a situação cadastral do destinatário da nota. Diz que não procede a alegação do Auditor, já que os impostos devidos foram pagos, não subsistindo qualquer obrigação da Autuada junto à Secretaria da Fazenda.

Sobre a infração 02, diz que a imputação de que a empresa recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, é totalmente descabida e infundada. Repete que o servidor fazendário fundamenta sua argumentação na presunção que a empresa emitiu notas fiscais eletrônicas para contribuintes com situação cadastral como inaptos. Reproduz argumento utilizado para refutar a infração 01.

Afirma que a presunção de legalidade para a venda a seus administrados advém da prévia autorização do órgão Secretaria da Fazenda do Estado, quando, permite a emissão do documento fiscal. Desta forma, não houve recolhimento a menos do ICMS, pois, o benefício da redução da base de cálculo foi utilizado devidamente.

No que tange à infração 03, diz que é totalmente improcedente a infração imputada à empresa, visto que as notas discriminadas no quadro demonstrativo confeccionado pelo auditor tiveram recolhimento do ICMS na forma relacionado no anexo A, conforme documentos que anexa.

Ressalta que a NF-e 27.836 de 01/12 / 2010 (anexo), fora lançada corretamente nos livros de entrada, mas as mercadorias constantes na supracitada nota fiscal, foram devolvidas e emitido o devido documento fiscal de devolução sob o número_NF-e 16.664 de 13/12 / 2010_(Anexo), com o devido estorno dos créditos fiscais. Por esse motivo, afirma que não se pode falar em não recolhimentos de ICMS por antecipação, já que as mercadorias não cumpriram o seu fim de comercialização neste Estado e sendo devolvidas, antes do prazo legal para caracterização e pagamento do imposto, ao seu remetente. Quanto a NF-e 594 de 14/04/2010, diz que não há que se falar em substituição tributária, visto que o produto macarrão, relacionado no rol do artigo 16, inciso I, alínea “a”, deve ser aplicada a alíquota de 7% (sete por cento), deste modo, ao calcular o valor do imposto a recolher, o crédito supera o débito, não havendo razão para recolhimento do ICMS, conforme planilha que anexa.

No que tange às notas fiscais relacionadas no Anexo B, a empresa reconhece que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, contudo, a planilha elaborada pelo Agente Fazendário aplica MVA de 56,87%, quando, de acordo com o anexo 88 do RICMS/97, a MVA a ser aplicada a estes produtos deveria ser de 40% (quarenta por cento), se provenientes da indústria e de 30% (trinta por cento) se adquiridos no atacado.

No que tange a infração 05, assevera que em se tratando das notas relacionadas no Anexo C, contrapondo a fundamentação exposta no referido auto de infração, todas foram devidamente registradas na escrita fiscal nos livros e páginas discriminadas conforme registro que anexa. Diz que não pode prosperar a pretensão do fisco em imputar tal infração, já que parte das alegações do auditor não tem legitimidade e são insustentáveis.

Em relação às notas descritas no Anexo D, assevera que foi detectada através de uma verificação minuciosa dos livros de Entradas e Saídas, que o fiscal ao fazer a confronto dos lançamentos, não percebeu que houvera a emissão de nota fiscal de entrada por devolução pelo próprio emitente das mercadorias (notas anexas), assim fazendo com que o mesmo incorresse em erro ao final da apuração de cada período, verificando-se, portanto, que não houve qualquer hipótese elencada nos incisos do artigo 322 do RICMS/97, não havendo razão para registro pela empresa, destas notas na escrita fiscal.

No que tange às notas relacionadas no Anexo F, menciona reconhecer que estas não foram escrituradas no livro de Entradas, e não poderia fazê-lo, pois desconhecia a emissão de tais notas em seu nome, vez que nunca comprou e/ou recebeu tais mercadorias, desta forma, não cometeu a infração alegada, já que a notificada não poderia fazer o registro de notas que foram emitidas sem o seu consentimento ou sequer conhecimento.

Para as notas elencadas no Anexo G, aduz que apesar de tais notas terem sido emitidas para o seu CNPJ, verifica que o nome/razão social, bem como, em algumas delas, a Inscrição Estadual diverge dos dados da empresa, tratando-se possivelmente de fraude, na qual a notificada é vítima e não infratora como acusa o fiscal. Diante da situação diz que sua representante legal, relatou os fatos na Delegacia da 2ª Circunscrição Policial de Feira de Santana, conforme certidão n.º 3022014007766 (anexa).

Relativamente à infração 06, argumenta que em se tratando das notas relacionadas no Anexo H, contrapondo a fundamentação exposta no referido auto de infração, todas foram devidamente registradas na escrita fiscal nos livros e páginas discriminadas conforme registro (anexo). Repete as argumentações expostas para a infração 05. Discorre sobre o princípio da verdade material perseguido pelo direito administrativo tributário.

Requer seja regularmente distribuída e conhecida a defesa administrativa, sendo processada pelo órgão competente; a manifestação da autoridade que lavrou o auto de infração, por intermédio do

seu preposto; que a defesa administrativa seja considerada totalmente procedente, tornando nulo o auto de infração frente às provas documentais, afastando-se as penalidades, conforme artigo 138 do CTN. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, principalmente a juntada de documentos.

O autuante prestou informação fiscal fls. 910/914. Afirma que a infração 01 tem como suporte art.353 do RICMS/97 que transcreve. Afirma que o contribuinte faz alegações sobre a sistemática de utilização da nota fiscal eletrônica, buscando desculpas para o seu procedimento, e a conseqüente falta de recolhimento do ICMS. Menciona que as regras de utilização da nota fiscal eletrônica são claras, e não existe amparo legal para as alegações defensivas, ademais se houvesse o contribuinte citaria.

Assevera que o que fora cobrado foi o imposto da substituição tributária, pois o autuado estava vendendo para contribuintes irregulares, ficando mantida toda a apuração de débito, pois suas alegações são infundadas.

No que tange à infração 02, diz que o contribuinte apresenta desculpas sem fundamentação legal, tentando se eximir da falta de pagamento do ICMS, provocada pelo mesmo. Seria digno que o mesmo assumisse seus atos.

No tocante a infração 03, diz ter excluído as notas fiscais 27836, 594, 2233, 4066 em função da apresentação de GNRE fls.553 e 612.

Informa que as notas fiscais 38053, 32023, 34192 não foram excluídas, pois as GNRE apresentada respectivamente às folhas 561, 524, 548 do processo, tem como CNPJ 44826246/0001-92, não tendo encontrado a confirmação de pagamento nos sistemas SEFAZ, nem constando como empresa inscrita. Diz que na execução dos trabalhos de auditoria, verifica o original do DAE e não considera as xerox apresentadas como prova documental se as mesmas não constam do banco de dados da SEFAZ.

A respeito do Anexo B - Notas Produtos Tributados, pag. 614 do processo, o contribuinte apresenta as notas que admite como correto o débito apurado, ressaltando que a margem de valor agregada (MVA) correta seria 40%. Afirma ter realizado a correção da MVA.

No que concerne a infração 04 diz que o contribuinte não contesta, portanto não comenta sobre a mesma.

Relativamente a infração 05, afirma que conforme Anexo 16.01.01.A - Demonstrativo das Compras de Mercadorias Tributadas não Escrituradas no Livro de Entrada, se encontra anexado a transcrição efetuada pelo Fisco, da Nota Fiscal Eletrônica, sendo que o contribuinte poderá visualizar e fazer o download no site www.nfe.fazenda.gov.br, utilizando a chave de acesso descrita e o seu certificado digital. Para contestar esta infração o contribuinte trata em sua defesa sobre o tópico infração 05 apresenta o anexo C, relacionando as notas fiscais que foram registradas na escrita fiscal.

Informa que onde consta o anexo C na fl. 644, a nota fiscal 19944, não fora encontrada no anexo 16.01.01A, portanto, nada pode acrescentar. Afirma que as demais notas foram consideradas, e retiradas da apuração do débito.

No anexo D, página 652, diz que o contribuinte relaciona as operações em que houve devolução do próprio remetente. Diz ter considerado todas as notas fiscais listadas, fazendo o abatimento dos valores no anexo correspondente.

Quanto ao anexo F, página 690, afirma que o autuado relaciona as notas emitidas e não recebidas, reconhecendo o fato de não as haver registrado, informando que desconhece tais operações. Diz que constatou a existência de notas fiscais, que tem como destinatário a empresa. Caso o contribuinte não reconheça, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante SEFAZ, e o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo qualquer valor legal as desculpas dadas.

Quanto ao anexo G, página 726, afirma que o autuado relaciona as notas que não foram escrituradas, pois estão com outra razão social. Aduz que estas notas fiscais constam da base de dados da Secretaria da Fazenda e foram encaminhadas para a fiscalização, estando como destinatário o contribuinte fiscalizado, o fato de haver outras divergências, não impedem do mesmo ser tido como destinatário da operação comercial, também neste tópico, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante a SEFAZ, o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo nenhum valor desculpas de desconhecimento.

A respeito da infração 06, menciona que conforme Anexo 16.01.02.A - Demonstrativo das Compras de Mercadorias Não Tributadas não Escrituradas no Livro de Entrada, e a Transcrição efetuada pelo Fisco, de Nota Fiscal Eletrônica, das notas fiscais não escrituradas.

Quanto ao anexo H, página 754, relaciona as mercadorias não tributadas. Relativamente a estas notas o contribuinte alega ter registrado em seu livro fiscal. Ressalta que fora feita a verificação tanto do seu livro fiscal, quanto dos seus arquivos magnéticos enviado a SEFAZ, que é o espelho do seu livro fiscal. Oportunamente e cumprindo a legislação diz ter dado visto no livro fiscal, inclusive dando visto em algumas folhas, observando o fato do mesmo ter sido encadernado em brochura. Afirma ter verificado mais uma vez os arquivos magnéticos e tais notas não constam do mesmo. Diz não considerar as xerox de livro fiscal anexas, pois as mesmas não apresentam características legais para tanto, ainda mais quando tais operações sequer estão registradas nos arquivos magnéticos.

Quanto as notas 25379, 3351, 97260, 132073, 23653, 171627, 171628, 67005, que segundo o contribuinte foram registradas no ano seguinte, declara ter feito a retirada das mesmas do Anexo 16.01.02.A, pois tais notas quando da fiscalização foram verificadas no arquivo magnético de 2011. Quanto a nota fiscal 516101 não fora retirada, pois a mesma não fez parte do levantamento.

Quanto ao anexo I, página 806, relaciona as mercadorias não tributadas em que o autuado diz ter ocorrido a devolução do próprio emitente, após fazer a verificação no arquivo magnético, verificou que as mesmas não estão registradas nos livros fiscais. Afirma considerar a alegação do contribuinte, e faz a retirada do anexo 16.01.02.A de tais notas fiscais descritas no anexo I.

Quanto ao anexo J, página 851, relaciona as notas emitidas e não recebidas. Diz que o autuado reconhece o fato de não haver registrado as notas fiscais, informando que desconhece tais operações; Observa que o fato que se apresenta é a existência de notas fiscais que tem como destinatário a empresa; caso o contribuinte não reconheça, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante a SEFAZ, o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo nenhum valor desculpas de desconhecimento.

No curso do processo instrutório foi verificado que o autuado não tomou ciência das novas planilhas elaboradas quando da informação fiscal que trouxeram modificações ao valor lançado originalmente. Após análise e discussão em pauta suplementar sobre a matéria, os membros da 3ª JJF decidiram converter em diligência fl. 923, o presente processo à INFRAZ Feira de Santana, para que se fizesse a entrega dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como, cópia da informação fiscal, fls.898/914 do PAF, concedendo prazo de 10(dez) dias, para que o sujeito passivo, querendo se manifestasse.

As fls.928/935 o autuado volta a se manifestar. Sobre a infração 01 diz que o fazendário fundamenta sua argumentação na presunção que a empresa emitiu notas fiscais eletrônicas para contribuintes com situação cadastral como inaptos. Repete argumento de sua defesa inicial, dizendo que a responsabilidade pela venda de mercadorias a contribuintes inaptos seria da SEFAZ que autoriza e recepciona a emissão de notas fiscais eletrônicas para tais clientes.

No que tange à infração 02, repete os argumentos alinhados na infração 01. Afirma que não pode o fiscal alegar que o contribuinte apenas apresentou desculpas sem fundamentação legal, visto que a presunção de legalidade para a venda a seus administrados advém da prévia autorização do órgão Secretaria da Fazenda do Estado, quando, permite a emissão do documento fiscal.

No que diz respeito a infração 03, alegou que o auditor considerou documentos anexados ao processo para excluir as notas cujo pagamento da GNRE fora prontamente comprovado. No entanto, teria deixado de excluir as notas fiscais 38053, 32023, 34192, por considerar as GNRE apresentadas inaptas para comprovar o devido recolhimento do imposto, entretanto, tais GNRE foram devidamente pagas conforme consulta de detalhe de pagamento em anexo. Asseverando que deve o fiscal considerar que o imposto for recolhido pelo fornecedor, CNPJ 44.826.246/0001-92, devendo a consulta de pagamento ser realizada através deste CNPJ, já que este não é contribuinte no estado da Bahia.

Relativamente à infração 05, aduz que o auditor considerou parcialmente as alegações da contribuinte para excluir algumas notas, ademais persiste na imputação da infração para alguns casos elencados no tópico, cuja legalidade fora amplamente comprovada à ocasião da apresentação da defesa, conforme segue:

- a) em relação à nota fiscal 19944 afirma que não fora encontrada no anexo 16.01.01 A, o que realmente se verifica, contudo, consta em tal anexo a nota fiscal 19929, com o mesmo emitente, data e valor da nota acima mencionada. Aduz que fizera apenas uma compra, cuja nota fiscal fora devidamente lançada, ademais, equivocadamente existem duas notas para a mesma transação comercial 19944 e 19929, sendo que a destinatária da nota apenas recebeu mercadorias descritas na nota 19944, à qual realizou o devido lançamento, desconhecendo, portanto a emissão da nota 19929 (seguem notas em anexo);
- b) no que tange às notas relacionadas no ANEXO F, ratifica que desconhecia a emissão de tais notas em seu nome, vez que nunca comprou e/ou recebeu tais mercadorias, desta forma, não cometeu a infração, já que não poderia fazer o registro de notas que foram emitidas sem o seu consentimento ou sequer conhecimento, nem mesmo poderia se manifestar junto à SEFAZ, já que não tinha conhecimento da emissão dessas notas;
- c) para as notas elencadas no ANEXO G, insiste na tese de fraude, na qual seria vítima e não infratora como alega o fiscal. Diz que não pode o fiscal pretender uma inversão de papéis, pois não pode arcar com o ônus da irregularidade que lhe foi imputada sendo vítima de fraude, ao contrário, o órgão fiscalizador deve encontrar e punir aqueles que realmente se locupletaram indevidamente às custas do erário público.

Sobre a infração 06, alega que tal infração não prospera, pois, em se tratando das notas relacionadas no Anexo H, contrapondo a fundamentação exposta no referido auto de infração, todas foram devidamente registradas na escrita fiscal nos livros e páginas discriminadas conforme registro (anexo). Ademais, persiste o fiscal na imputação da infração sob o fundamento que fora feita a verificação e tais notas não terem sido encontradas. Reitera a alegação de que tais notas foram devidamente lançadas, para tanto faz nova juntada dos registros nos livros fiscais, destacando que o SINTEGRA não aceita a inclusão de notas fiscais com números com mais de seis dígitos, de forma que, quando da inclusão de notas nesta situação, apenas os seis ou cinco últimos são lançados no sistema, e que, se o fiscal fizer a verificação considerando a numeração na forma citada encontrará as notas mencionadas na escrita fiscal.

Quanto à nota fiscal 516101, pondera que, conforme registro em anexo, esta fora lançada no ano de 2012, e por ter número com mais de seis dígitos, apenas os seis últimos foram considerados para lançamento.

No que tange às notas relacionadas no Anexo J, ratifica que estas não foram escrituradas no livro de entrada, e não poderia fazê-lo, pois desconhecia a emissão de tais notas em seu nome, vez que nunca comprou e/ou recebeu tais mercadorias. Repete argumentos de sua defesa inicial. Por fim, reitera os termos da defesa administrativa, requerendo que seja considerada totalmente procedente, tornando nulo o auto de infração, afastando-se as penalidades, conforme artigo 138 do CTN.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante, fls.993/997. Ressalta o fato da manifestação do contribuinte não está assinada. Diz que o contribuinte alega ter questionada a dignidade dos seus atos. Ressalta que seu procedimento se restringiu ao cumprimento da ordem de serviço, executada dentro dos princípios fiscais e éticos.

Relativamente a infração 01, diz que segundo o artigo 353 do RICMS/97, art. 353, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste estado que realizarem operações com contribuintes inaptos.

Afirma que o contribuinte faz alegações sobre a sistemática de utilização da nota fiscal eletrônica, buscando desculpas para o seu procedimento, e a consequente falta de recolhimento do ICMS, as regras de utilização da nota fiscal eletrônica são claras, e não existe amparo legal para as alegações do contribuinte, ademais se houvesse o contribuinte citaria. O que fora cobrado foi o imposto da substituição tributária, pois o mesmo estava vendendo para contribuintes irregulares. Conclui que neste item fica mantida toda a apuração de débito, pois as alegações do contribuinte são infundadas.

Relativamente a infração 02, diz que o contribuinte apresenta desculpas sem fundamentação legal, tentando se eximir da falta de pagamento do ICMS, provocada por ele próprio.

Relativamente a infração 03, diz que conforme Anexo 07.01.01.A - Demonstrativo do ICMS Substituição Tributária Devido - Anexo 88 do RICMS/97, foram excluídas as notas fiscais 27836 e 594. A nota fiscal 2233 foi excluída levando em consideração a GNRE apresentada à fl.553, a de nº 4066 a GNRE apresentada à folha 612, além das notas fiscais 38053, 32023, 34192.

Na execução dos trabalhos de auditoria, afirma ter verificado o original do DAE, pois não realiza qualquer ajuste do levantamento embasado em xerox, que não apresentam requisitos mínimos de autenticidade. Portanto, assevera que não considera as xerox apresentadas como prova documental. Diz que nesta oportunidade, verificou o sistema de recolhimento da SEFAZ.

Sobre o Anexo B - Notas Produtos Tributados, pag. 614 do processo, aduz que neste anexo, o contribuinte apresenta as notas que admite como correto o débito apurado, ressaltando que a margem de valor agregada (MVA) indicada seria 40%. Afirma ter realizado a correção da MVA no Anexo 07.01.01.A - Demonstrativo do ICMS Substituição Tributária Devido - Anexo 88 do RICMS-2010 e 2011; Demonstrativo das Compras de Mercadorias Tributadas não Escrituradas no livro de Entrada. 2010 e 2011 - Anexo 16.01.01-A.

Sobre a Infração 04 diz que contribuinte não contesta, portanto não comentará.

Na Infração 05, relativamente as entradas no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, afirma que conforme Anexo 16.01.01.A. Demonstrativo das Compras de Mercadorias Tributadas não Escrituradas no Livro de Entrada, foi anexado a transcrição efetuada pelo Fisco, da Nota Fiscal Eletrônica, sendo que o contribuinte poderá visualizar e fazer o download no site www.nfe.fazenda.gov.br, utilizando a chave de acesso descrita e o seu certificado digital. Afirma que para contestar esta infração o contribuinte trata em sua defesa sobre o tópico Infração 05 e apresenta o anexo C, relacionando as notas fiscais que foram registradas na escrita fiscal.

Aduz que na página 644 deste processo, não consta no anexo C a nota fiscal 19944, não fora encontrada no anexo 16.01.01A, portanto, nada pode acrescentar; Sobre as demais notas fiscais questionadas pela defesa todas foram considerados e retiradas da apuração do débito.

Quanto ao anexo D, página 652, o contribuinte relaciona as operações em que houve devolução do próprio remetente. Afirma ter considerado todas as notas fiscais listadas fazendo o abatimento dos valores correspondentes.

Quanto ao anexo F, página 690, aduz que o contribuinte relaciona as notas emitidas e não recebidas, reconhece o fato de não haver registrado as notas fiscais informando que desconhece tais operações. Menciona que o fato que se apresenta é a existência de notas fiscais, documento fiscal, que tem como destinatário a empresa; caso o contribuinte não reconheça, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante a SEFAZ, o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo nenhum valor desculpas de desconhecimento.

Quanto ao anexo G, página 726, relaciona as notas que não foram escrituradas, pois estão com outra razão social. Estas notas fiscais constam da base de dados da Secretaria da Fazenda e foram encaminhadas para esta fiscalização, estando como destinatário o contribuinte fiscalizado, o fato de haver outras divergências, não impedem do mesmo ser tido como destinatário da operação comercial, também neste tópico, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante a SEFAZ, o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo nenhum valor desculpas de desconhecimento.

A Infração 06 trata das entradas no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme Anexo 16.01.02.A Demonstrativo das Compras de Mercadorias Não Tributadas não Escrituradas no Livro de Entrada, consta a Transcrição efetuada pelo Fisco de Nota Fiscal Eletrônica, das notas fiscais não escrituradas.

Quanto ao anexo H, página 754, que relaciona as mercadorias não tributadas, relativamente a estas notas, o contribuinte alega ter registrado em seu livro fiscal. Ressalta que fora feita a verificação tanto do seu livro fiscal, quanto dos seus arquivos magnéticos enviado a SEFAZ, que é o espelho do seu livro fiscal. Oportunamente e cumprindo a legislação aduz ter dado visto no livro fiscal, inclusive dando visto em algumas folhas, observando o fato do mesmo ter sido encadernado em brochura. Afirma ter verificado mais uma vez os arquivos magnéticos e tais notas não constam do mesmo, nada podendo afirmar quanto as xerox de livro fiscal anexas, pois as mesmas não apresentam características legais para tanto, ainda mais quando tais operações sequer estão registradas nos arquivos magnéticos. Quanto às notas 25379, 3351, 97260, 132073, 23653, 171627, 171628, 67005, que segundo o contribuinte foram registradas no ano seguinte, diz ter feito a retirada do Anexo 16.01.02.A (Demonstrativo das Compras de Mercadorias Não Tributadas não Escrituradas no livro de Entradas 2010 e 2011), pois tais notas quando da fiscalização foram verificadas no arquivo magnético de 2011. Quanto a nota fiscal 516101 não fora retirada, pois a mesma não fora encontrada registrada.

Sobre o anexo I, página 806, relaciona as mercadorias não tributadas com devolução do próprio emitente e após fazer a verificação no arquivo magnético, verifica que as devoluções não estão registradas nos livros fiscais. Considera a alegação do contribuinte, e faz a retirada do anexo 16.01.02.A de tais notas fiscais descritas no anexo I.

Quanto ao anexo J, página 851, diz que o contribuinte relaciona as notas emitidas e não recebidas e reconhece o fato de não haver registrado as notas fiscais, informando que desconhece tais operações. Reitera que o fato que se apresenta é a existência de notas fiscais, documento fiscal, que tem como destinatário a empresa e caso o contribuinte não reconheça, o mesmo teria que se manifestar adequadamente perante a SEFAZ, diz que o mesmo teve oportunidade e prazo para tal ato, não tendo nenhum valor desculpas de desconhecimento.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 06 (seis) infrações devidamente relatadas.

O autuante na informação fiscal alertou para o fato de que a defesa se encontraria sem a devida assinatura do contribuinte.

Analisando o citado instrumento, verifiquei constar de todas as folhas da impugnação a rubrica da impugnante, sócia da empresa, mesma pessoa que assinou o Auto de infração, superando dessa forma a suposta irregularidade.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se respectivamente, a falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes e ao recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, quando os mesmos encontravam-se baixados ou cancelados, estando com a situação cadastral como inaptos. Os extratos com histórico da situação cadastral dos clientes da autuada com situação baixada, inapta ou cancelada encontram-se apensado às fls. 136/172 do PAF.

O autuado nas duas oportunidades em que se manifestou no processo não trouxe qualquer prova capaz de elidir as irregularidades apontadas nestas infrações. Argumentou que a autuação tem por base a presunção de que a empresa emitiu notas fiscais eletrônicas para contribuintes com situação cadastral como inaptos. Alegou que o fato dos documentos que deram suporte à autuação se tratar de notas fiscais eletrônicas devidamente recepcionadas pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência da circulação ou saída da mercadoria, torna-se contraditório atribuir ao contribuinte uma infração pela emissão irregular destes documentos. Disse que a SEFAZ, possuindo os instrumentos próprios para impedir a emissão de tais notas fiscais eletrônicas, não o faz. Sobre a infração 02, repetiu os argumentos alinhados na infração 01, afirmando que a presunção de legalidade para a venda a seus administrados advém da prévia autorização do órgão Secretaria da Fazenda do Estado, quando, permite a emissão do documento fiscal.

Não acolho tal entendimento, considerando regra expressa dos incisos I e II do art.142 do RICMS/97, determinando como obrigação do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Portanto, tivesse o autuado obedecido a esta determinação regulamentar, tomaria conhecimento da situação cadastral dos contribuintes com os quais mantém operações comerciais.

Ademais, a SEFAZ/Bahia disponibiliza a consulta ao cadastro do ICMS no site <http://www.sefaz.ba.gov.br>, link Inspetoria Eletrônica/Cadastro/Consulta/Cadastro/BA, Resumo Cadastral – DIE, tornando pública a condição do cadastramento de cada contribuinte.

A empresa efetuou vendas para contribuintes inaptos no cadastro da SEFAZ, sem efetuar a retenção por Substituição Tributária e se beneficiando indevidamente da redução de base de cálculo conforme prevê a legislação do.

Neste caso, por ter efetuado vendas para contribuintes com inscrições canceladas, baixadas e suspensas/Processo de baixa, efetivamente, lhe cabe a responsabilidade tributária de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, como dispõe o art. 353, I do RICMS/BA, além de não ter direito a redução da base de cálculo quando da venda para tais clientes. Considero, portanto, caracterizadas as infrações 01 e 02.

A infração 03 refere-se a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, provenientes de outras unidades da Federação.

Nas razões de defesa o autuado contestou a inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais cujo recolhimento comprovou através GNRE. Além disso, apontou a utilização de MVA de 56,87% para cálculo do imposto devido, quando o correto seria 40%.

Analisando os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, verifico que foram realizadas as exclusões das notas fiscais cujo recolhimento do ICMS foi devidamente comprovado através de GNRE, quando estas guias encontravam amparo em recolhimentos registrados no banco de dados da SEFAZ, não sendo acatados cópias xerox que consignavam valores não armazenados no referido banco de dados. Vejo também, que foi realizada a correção da MVA aplicada a algumas mercadorias, conforme Anexo 07.01.01.A - Demonstrativo do ICMS Substituição Tributária Devido - Anexo 88 do RICMS/BA- 2010 e 2011.

Acolho estes demonstrativos fls.998/1.000 e a infração 03 é parcialmente subsistente remanescendo em R\$10.236,26.

A infração 04 se refere a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária. Este item não foi contestado pelo defensor, portanto fica mantida esta infração, considerando que sobre a mesma não existe lide.

As infrações 05 e 06 referem-se a entrada no estabelecimento, de mercadoria sujeita a tributação, e de mercadoria não tributável, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal.

Na impugnação o defensor contestou o levantamento fiscal nestes itens, alegando: (i) que para alguns documentos, houve a emissão de nota fiscal de entrada por devolução, pelo próprio emitente das notas que ensejaram tal infração; (ii) que para outra parte, desconhecia a emissão de tais notas em seu nome, vez que nunca comprou e/ou recebeu tais mercadorias; (iii) que identificou notas emitidas para o seu CNPJ, porém, a Inscrição Estadual diverge dos dados da empresa; (iv) que havia nota fiscal registrada no exercício seguinte ao fiscalizado.

Em informação fiscal o autuante declarou que: (i) a nota fiscal 19944 citada pelo contribuinte, não fez parte do levantamento fiscal; (ii) realizou exclusão da apuração do débito das notas apontadas na defesa que tiveram a escrituração devidamente comprovada; (iii) relacionou, no anexo D página 652, notas fiscais em que, de fato, constatou operações em que houve devolução do próprio remetente, fazendo o abatimento dos valores no correspondente anexo; (iv) quanto as notas fiscais que o contribuinte afirma desconhecer, diz ser notas fiscais eletrônicas portanto, legítimas para as operações; (v) quanto as notas 25379, 3351, 97260, 132073, 23653, 171627, 171628, 67005, que segundo o contribuinte foram registradas no ano seguinte, diz ter feito a retirada do Anexo 16.01.02.A , com exceção da nota fiscal 516101, pois a mesma não fora escriturada.

Analisando as alegações e os documentos trazidos pela defesa, comparando com os ajustes realizados pelo autuante, verifico que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais em que o autuado logrou comprovar o respectivo registro em sua escrita fiscal ou justificar em conformidade com a legislação tributária sua não escrituração.

O defensor alegou que existiriam notas fiscais, que embora possuam seus dados cadastrais se trataria de fraude, pois não comprou as mercadorias nem adquiriu as mesmas, ou seja, argüiu desconhecimento de parte das notas fiscais que serviram de base a autuação.

Entendo que tal argumentação carece de fundamento. A acusação fiscal está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto aos seus fornecedores, que relaciona mercadorias comuns a sua atividade econômica, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme respectivas chaves de acesso, códigos de segurança e protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas. Portanto, em relação a estas notas fiscais não há necessidade do Fisco investigar se as compras ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas servem como elemento de prova das aludidas aquisições.

Nessa esteira, acolho os demonstrativos elaborados pelo autuante com os ajustes realizados quando da informação fiscal considerando que foram acatados os argumentos do sujeito passivo quando lastreado em provas. As infrações 05 e 06 são parcialmente procedentes, remanescendo o valor do débito em R\$4.891,93 fls.901/904 e R\$1.250,69 fls.905/909 respectivamente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206907.0050/14-5, lavrado contra **ELI CLÁUDIA PINTO BORGES SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.322,36**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso II, alíneas “e”, “a” e “d”, inciso VII, alínea “a” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.142,62**, prevista nos incisos IX e XI do artigo 42, do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR