

A. I. Nº - 281332.0001/15-0
AUTUADO - R CRUZ SUPERMERCADO LTDA - EPP
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFAC ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21.12.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADA INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. SAÍDA REGULARMENTE TRIBUTADA. MULTA. Comprovada saída posterior tributada normalmente, cabível é a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, nos termos da Lei nº 10.847/07. Excluídas as operações, cujas entradas não implicaram ICMS antecipação parcial.

2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIA INCLUÍDA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de tais mercadorias, não havendo acordo (convênio ou protocolo) para a retenção do imposto pelo remetente e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar antecipação do ICMS. Contribuinte comprova o pagamento de parte da exigência. Infração subsistente em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA DO REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte comprova que parcela das aquisições não estão sujeitas ao ICMS ST. Infração caracterizada em parte. b) MERCADORIA BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Contribuinte comprova que o produto sardinha enlatada não está beneficiado com a isenção do ICMS. Infração caracterizada em parte. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. O autuado admite a falta de escrituração dos documentos fiscais por erro no seu sistema. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, para constituir crédito tributário, no valor de R\$90.498,64, através das seguintes infrações:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação parcial Valor R\$7.464,56 e multa de 60%.
2. Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Demonstrativo no item 03. Valor R\$1.392,93 e multa de 60%.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor R\$2.463,02 e multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Valor R\$140,89 e multa de 60%.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme listado no Anexo 06. Valor da multa de 10% R\$79.037,24.

O advogado do estabelecimento autuado, com instrumento de Procuração (fl. 804) apresenta impugnação (fls. 787/789). Com relação à infração 01, argumenta que, da análise do demonstrativo apresentado pela auditora fiscal, verificou algumas inconsistências, que devem ser excluídas do levantamento. Indica, num quadro, tais equívocos.

Na infração 02, diz que se trata de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade federada.

Aduz que consta no demonstrativo elaborado pela auditora fiscal a mercadoria MAC SPAGHETTI COMUM ESP DELLAVITA 20X500G que foi adquirida do Estado de Pernambuco, Estado signatário do Protocolo ICMS 50/05, sendo o fornecedor responsável pela retenção do ICMS ST. Tal mercadoria deve ser excluída do levantamento.

Com relação à infração 03, que trata da utilização indevida de crédito fiscal, diz que na análise do demonstrativo fiscal encontrou a mercadoria AMENDOIM DORI CONFEITADO 70G e a mercadoria BICOS P/ CONFEITAR JUNCO 9PCS que não estão sujeitas à substituição tributária. Tais mercadorias devem ser excluídas do levantamento.

Quanto à infração 04, também relacionada à utilização de crédito fiscal indevido, diz que na análise do demonstrativo fiscal encontrou mercadoria FILE DE SARDINHA GOMES DA COSTA 125, que é mercadoria tributada por ser pescado enlatado, que deve ser excluída do levantamento.

A infração 05 se refere à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Argumenta o autuado que fez pesquisa em seus bancos de dados e constatou que as notas fiscais indicadas deram entrada no estabelecimento e foram lançadas no sistema de gestão da empresa, alimentando o sistema fiscal e contábil.

Explica que, por falha técnica ou humana, que ainda está em apuração junto à empresa fornecedora do sistema de gestão, as notas fiscais não migraram para os livros fiscais de Registro de Entradas, apesar de devidamente contabilizadas. Diz que não houve dolo ou má-fé da autuada, nem mesmo deixou de cumprir com as obrigações principais no período. Pede, por isso, a redução ou anulação do valor da multa aplicada. Aduz que já foi punida, haja vista que não se apropriou nenhum crédito fiscal em relação aos documentos apontados pela auditora fiscal.

Reitera os pedidos antes formulados.

A Informação Fiscal foi prestada (fls. 793/795). A Auditora diz que analisou e acatou as alegações defensivas, com relação à infração 01. Elabora novo demonstrativo encartado no CD anexo.

Na infração 02, argumenta que o art. 8º da Lei 7014/96 prevê a responsabilidade solidária do adquirente, esclarecendo que o fornecedor não possui inscrição no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia. Transcreve o trecho da norma

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

.....

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Mantém a exigência, na íntegra.

Na que tange a infração 03, acata o pedido para exclusão da mercadoria "Amendoim Dori Confeitado e Bicos para Confeitar Junco 9PCS". Novo demonstrativo foi elaborado e anexado ao auto na mídia CD.

Na infração 04, acatou o argumento defensivo que o pescado enlatado, filé de sardinha Gomes da Costa 125, é uma mercadoria sujeita ao regime de tributação normal. Novo demonstrativo foi elaborado e se encontra no CD anexo ao auto.

Na infração 05 diz que o contribuinte reconheceu que as notas fiscais listadas no demonstrativo, realmente, não foram lançadas nos livros fiscais. Pede a redução ou anulação da multa alegando que não agiu de má fé e que “*as notas fiscais indicadas deram entrada no estabelecimento e foram lançadas no sistema de gestão da empresa, alimentando o sistema fiscal e contábil.*” Por uma falha técnica ou humana” as mesmas “*não migraram para os livros fiscais de Registro de Entradas, apesar de devidamente contabilizadas.*”

Diz que, apesar de o contribuinte alegar que não descumpriu com as obrigações principais no período”, isso não restou comprovado, um vez que incidiu na presunção legal da ocorrência de operações sem pagamento do imposto, prevista no art.4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Mantém a infração na íntegra.

O contribuinte autuado volta a manifestar-se (fls. 801/82). Contesta o argumento fiscal da solidariedade na infração 02, uma vez que realizou o pagamento da antecipação parcial, conforme DAE, em anexo. Diz ainda que a alíquota interna para macarrão é 7% e a Auditora aplicou 17%.

Diz que foram acatadas as suas alegações em relação às infrações 01, 03 e 04.

No que refere à infração 05 reitera os seus argumentos anteriores de que as notas fiscais indicadas no relatório fiscal deram origem no estabelecimento e foram lançadas no sistema da empresa que alimenta a escrita fiscal e contábil. Por uma falha, as notas fiscais não migraram pra os livros fiscais de entrada, apesar de devidamente contabilizadas.

Diz que não houve dolo, que deixou de se aproveitar do crédito fiscal, por isso pede a redução ou anulação da multa aplicada.

Em nova manifestação (fls. 809/910), a Auditora Fiscal, com relação à infração 05, reitera que a falta de comprovação do registro as notas fiscais configura presunção de ocorrência de operação sem pagamento do imposto, de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96

Extratos de pagamentos do sistema SIGAT, fls. 813/816, comprovam o parcelamento de parte do débito reconhecido pelo autuado.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das 5 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes, totalizando crédito tributário, no valor de R\$90.498,64.

No mérito, na infração 01, o contribuinte autuado foi penalizado com uma multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação parcial (art. 352-A, RICMS BA 97) O valor foi pago tão apenas, durante as saídas tributadas normalmente. Valor da exigência, R\$7.464,56.

Alega o autuado a existência de algumas inconsistências no levantamento fiscal, relacionando diversas mercadorias que, em face à sua tributação especial, suas aquisições não estão sujeitas à antecipação parcial, devendo ser excluídas da exigência fiscal.

Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (Art. 12-A, da Lei 7.014/96; art. 352-A, RICMS BA-97).

Consoante estabelece o art. 125, II, “f” do RICMS BA-97, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Considerando que o contribuinte não recolheu o ICMS antecipação parcial, no momento estabelecido na legislação, mas, o fazendo, em momento posterior, nas saídas tributadas regularmente, atrai e incide a multa de 60% sobre o imposto não recolhido por antecipação parcial, nos termos do art. 42. II, “d” da Lei nº 7.014/96, com redação da Lei nº 10.847, de 27/11/2007.

Nesse sentido, constato, por exemplo, que operações internas com charque, milho e mercadorias, gozam da redução da base de cálculo (art. 87, RICMS BA 97), de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7%, não subsistindo, nesses casos, a obrigação da antecipação parcial. Da igual forma, o pescado corvina em posta, (isenção); detergente (ST - Protocolo ICMS 106/09). Nas operações com arroz, deverá ser aplicada a alíquota especial de 7% (art. 51, I, RICMS BA 97).

Nas operações internas com bebidas alcoólicas, alíquota original de 27%, redução da base de cálculo em 55,55% de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (art. 87, XXXIII, RICMS BA 97), o valor a ser exigido deverá ser proporcionalmente diminuído.

Dessa forma, a exigência inicial foi reduzida com a exclusão das mercadorias, em cujas aquisições para comercialização, a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo indicada na legislação do imposto, não resultou na ocorrência do ICMS antecipação parcial, descabendo a incidência da multa prevista na presente exação.

Após alegações defensivas, a própria Auditora Fiscal, percebendo o acerto dos questionamentos do autuado, procedeu às exclusões devidas, elaborou relatório (CD, fl.797), reproduzido abaixo:

Infração 01	Multa
jan/11	582,11
fev/11	836,53
mar/11	391,24
abr/11	295,09
mai/11	163,57
jun/11	261,09
set/11	194,99
nov/11	103,66
dez/11	115,09
Total	2.943,37

Diante do exposto, considerando os valores do ICMS antecipação parcial, ainda que recolhido no momento da saída, mas sem o recolhimento por antecipação, no prazo regulamentar, subsiste em parte a imposição da multa de 60%, no total de R\$2.943,37.

Na infração 02, a exigência repousa no recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor total de R\$1.392,93.

Insiste a Fiscal acerca da responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS por antecipação tributária, nos termos do art. 8º, § 5º da Lei nº 7.014/96.

Questiona o defensor a inclusão da mercadoria macarrão spaghetti comum ESP DELLAVITA 20x500g, adquirida no Estado de Pernambuco, signatário do Protocolo ICMS 50/50, que a alíquota interna do produto é 7% e que realizou o pagamento, conforme DAE, cópia anexada aos autos.

Na realidade, o autuado reconhece e faz um parcelamento de débito incluindo os valores dos diversos períodos dessa infração 02. A discussão recai tão apenas sobre a exigência do mês de outubro de 2011 (R\$403,52).

A Auditora elaborou minucioso demonstrativo fiscal, acostando aos autos, às fls. 19/20. O direito assiste ao autuado com relação à alíquota de 7% aplicada nas operações internas com macarrão (art. 51, I, "a", RICMS BA 97). Constatou, outrossim, que o valor do DAE (R\$48,48) que o contribuinte faz referência foi considerado e deduzido na apuração da infração. Refeito o valor da operação supra referida. NF-e 356 de 27.10.11 valor R\$3.500,00 MVA 45% - Base de cálculo da ICMS-ST - R\$5.075,00 x 7% = R\$355,25 - R\$245,00 (R\$3.500,00 x 7%) = R\$110,25. Portanto, o valor da exigência em outubro de 2011 - R\$110,25 + 9,26 - 48,48 = R\$71,03. Total da infração de acordo com quadro abaixo:

Infração 02	ICMS-ST
fev/11	129,17
mar/11	197,41
abr/11	113,42
mai/11	239,71
jun/11	54,39
set/11	255,31
out/11	71,03
total	1.060,44

Diante do exposto, resta configurado parcialmente o pagamento a menor do ICMS substituição tributária, no valor de R\$1.060,44, homologando-se os valores denunciados pelo próprio autuado, através do parcelamento, conforme consta dos documentos extraídos do SIGAT, fls. 813/816.

Na infração 03, a acusação utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$2.463,02.

O autuado alega que as mercadorias AMENDOIM DORI CONFEITADO 70G e a mercadoria BICOS P/ CONFEITAR JUNCO 9PCS não estão sujeitas à substituição tributária e devem ser excluídas.

A Auditora Fiscal acata as alagações defensivas, faz as exclusões pertinentes; elabora novo demonstrativo encartado no CD, fl.797, reproduzido conforme o quadro abaixo.

Infração 03	ICMS
jan-12	138,05
fev/12	87,19
mar/12	88,15
abr/12	5,74
mai/12	15,64
jun/12	76,52
jul/12	474,81
ago/12	109,44
set/12	215,87
out/12	223,00

nov/12	324,55
dez/12	675,88
total	2.434,84

Posto isso, acolho o demonstrativo fiscal alterado, após as exclusões pertinentes, e a infração resta em parte subsistente, no valor de R\$2.434,84, homologando-se os valores denunciados pelo próprio autuado, através do parcelamento, conforme consta dos documentos extraídos do SIGAT, fls. 813/816.

Na infração 04, o crédito fiscal utilizado indevidamente diz respeito à aquisição de mercadoria beneficiada com isenção do imposto, no valor de R\$140,89. O demonstrativo fiscal correspondente, fls. 27/28, discrimina operações com pescado, fubá e flocão de milho.

O autuado pede e o autuado acata a exclusão do pescado enlatado (file de sardinha) arguindo que se trata de mercadorias do regime normal de apuração. Restando os valores apontados abaixo:

Infração 04	ICMS
jan-12	7,37
fev/12	77,29
abr/12	22,26
jul/12	10,45
total	117,37

Acolho o demonstrativo fiscal alterado, após as exclusões pertinentes, e a infração resta subsistente em parte, no valor de R\$117,37, homologando-se os valores denunciados pelo próprio autuado, através do parcelamento, conforme consta dos documentos extraídos do SIGAT, fls. 813/816.

Na infração 05, aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas à tributação (10% do valor comercial), que ingressou no estabelecimento, conforme listado no Anexo 06, no valor total de R\$79.037,24.

Alega o autuado que em pesquisas no seu banco de dados constatou que as notas fiscais indicadas adentraram ao estabelecimento, foram lançadas no sistema de gestão da empresa, alimentando o sistema fiscal e contábil. No entanto, por falha técnica ou humana, as notas fiscais não migraram para os livros fiscais, apesar de regulamente contabilizadas.

Diz que não houve dolo ou má-fé; não deixou de cumprir a obrigação tributária principal e já foi penalizada, haja vista que não se apropriou de respectivo crédito fiscal, em relação aos tais documentos, apontados no relatório fiscal. Pede a redução ou cancelamento das multas.

Contrapõe a preposta fiscal que não existe prova do pleno cumprimento de obrigação principal de pagar tributos, um vez que o autuado incidiu na presunção legal da ocorrência de operações sem pagamento do imposto, prevista no art.4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Não obstante as razões apresentadas pela defesa, reiterada por seu advogado, durante a sessão de julgamento, não restaram comprovadas as dificuldades técnicas para a escrituração fiscal das notas fiscais, ou mesmo o registro dos documentos, nos demais sistemas de controle interno, na contabilidade, registros de pagamentos, etc, de forma a avaliar com exatidão a repercussão tributária da falta de registro das diversas notas fiscais de entrada de mercadorias tributáveis e mesmo o pedido para redução da multa.

Com efeito, a falta dos registros autoriza a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, quando se referir à entrada de mercadoria sujeita a tributação, nos termos do artigo 42, inciso IX, Lei 7.014/96, abaixo transcritos:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação

que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Trata-se, portanto, a presente exigência do descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental de “fazer” a cargo do sujeito passivo, no interesse da fiscalização. O seu desatendimento cria embaraço no exame da tributação do próprio autuado e na implementação das políticas fiscais; o percentual de 10% previsto na norma (art. 42, inciso IX, Lei 7.014/96) incide sobre as operações não escrituradas. Mantida a exigência da penalidade, no valor de R\$79.037,24.

Diante de toda exposição, o presente lançamento de ofício é PROCEDENTE EM PARTE, exigindo-se o recolhimento de ICMS, no valor de R\$3.612,65 além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$81.980,61, conforme demonstrativo baixo, homologando-se os valores já recolhidos, considerados no parcelamento, conforme relatório, fl. 816.

ITENS	ICMS	OBRIG. ACESS.	MULTAS	JULGAMENTO
Infração 01		2.943,37		procedente parte
Infração 02	1.060,44		60%	procedente parte
Infração 03	2.434,84		60%	procedente parte
Infração 04	117,37		60%	procedente parte
Infração 05		79.037,24		Procedente
TOTAIS	3.612,65	81.980,61		

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281332.0001/15-0, lavrado contra **R. CRUZ SUPERMERCADOS LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.612,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea "d" e VII ,alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$81.980,61**, prevista nos incisos II, "d" e IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR