

<b>A. I. Nº.</b>	<b>- 279228.0101/13-6</b>
<b>AUTUADO</b>	<b>- BENICIO DE SOUZA COSTA &amp; CIA. LTDA.</b>
<b>AUTUANTE</b>	<b>- LUIS FERNANDO SÁ TELES ANDRADE</b>
<b>ORIGEM</b>	<b>- INFAZ/BOM JESUS DA LAPA</b>
<b>PUBLICAÇÃO</b>	<b>- INTERNET - 18.11.2015</b>

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0223-04/15**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESENQUADRAMENTO DA ME OU EPP DO SIMPLES NACIONAL PARA O REGIME DE APURAÇÃO DO IMPOSTO PELA CONTA CORRENTE FISCAL. Comprovado que o contribuinte não atendeu ao quanto previsto na legislação, sequer seguiu a orientação da consulta respondida. Infração procedente. b) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Argumentos defensivos incapazes de elidir a acusação. Infração mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A falta de prova trazida pelo sujeito passivo frente as suas alegações, faz com que seja a mesma mantida. 3. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DESTAQUE DE IMPOSTO, CUJA ENTRADA FOI ESCRITURADA COM UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não ficou comprovado que as mercadorias devolvidas estavam sujeitas à substituição tributária. Infração procedente. 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. A tese defensiva não se sustenta pela ausência de elementos probantes. Infração procedente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. VALORES DECLARADOS NO RAICMS. Infração não elidida. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Falta de recolhimento. Infração não elidida. 7. DEIXOU DE EMITIR NOTA FISCAL COM LANÇAMENTO DE IMPOSTO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDA, REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BRINDES, COM REPERCUSSÃO NA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Restou comprovado que o autuado deu entrada de mercadorias como brindes em operações com lançamento da nota fiscal de aquisição no livro Registro de Entradas com aproveitamento do crédito do ICMS sem emissão da nota fiscal e correspondente lançamento no livro Registro de Saídas com débito do ICMS. Infração caracterizada. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS**

À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Não vieram aos autos elementos comprovadores das alegações defensivas. Infrações mantidas. 9. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Negado o pedido de dispensa ou redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21/03/ 2013 e refere-se à constituição de crédito tributário no valor de R\$119.045,40, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 01.03.13 Utilizou crédito fiscal do ICMS a maior do que permitido pelas normas regulamentares, quando do desenquadramento da ME ou EPP do Simples Nacional para o regime de apuração do imposto pela conta corrente fiscal. Utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$52.615,37 escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS ref. 01/2009 na linha – Outros Créditos (Créditos de ICMS referente a estoque) sem demonstrar o cálculo desse crédito.

É informado, ainda, que *"o estabelecimento não apresentou livro Registro de Inventário escriturado, quando da sua exclusão do Simples Nacional, com as especificações previstas no Artigo 330-A, Inciso III do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97. O Inventário deveria especificar: a) as mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não tributadas; b) as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353; c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas anteriormente, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria. Essa escrituração deveria ser realizada no prazo de 60 dias, contando do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos. Feito isso, deveria ainda protocolar comunicação escrita dirigida à inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte para que pudesse utilizar esse crédito conforme prevê o Artigo 330-A parágrafos 1º, 2º e 3º do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97. Cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS e da DMA referente ao mês de Jan/2009 em anexo"*, totalizando a mesma R\$52.615,37, além da multa de 60%, ocorrência constatada em janeiro de 2009.

Infração 02. 01.06.01 Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta da acusação que o sujeito passivo efetuou estorno de débito no mês de referência 01/2009 no valor de R\$21.562,87 lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS na linha – Estorno de Débitos (Produtos substituídos e isentos que foram tributados na saídas). O total de R\$ 133.985,80 referente às saídas no mês 01/2009 com o CFOP 5405 – Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte - substituído foram operações escrituradas sem débito do imposto conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS. Portanto, não existem registradas operações tributadas de venda de produtos substituídos/isentos no mês 01/2009 conforme cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS.

Infração 03. 02.01.03. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias adquiridas para comercialização e posteriormente destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, no montante de R\$ 17.622,24, bem como multa de 60%. Consta a indicação de que as mercadorias foram adquiridas para revenda com aproveitamento do crédito e posteriormente foram destinadas a uso/consumo do estabelecimento sem tributar. Operações lançadas no Livro de Saídas com CFOP 5949, na forma do anexo III.

Infração 04. 02.01.05. Deixou de recolher ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto. As mercadorias foram adquiridas para revenda com aproveitamento do crédito e posteriormente foram devolvidas sem tributar. Anexo IV. O valor da infração corresponde a R\$9.264,99, além da multa de 60%.

Infração 05. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, indicando o autuante que a mesma refere-se a notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte e não lançadas no Livro Registro de Entradas, de acordo com o Anexo I, totalizando R\$9.972,17.

Infração 06. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo esta infração se refere a notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte e não lançadas no Livro Registro de Entradas, sendo cobrada penalidade no valor de R\$1.623,68.

Infração 07. 02.12.01 Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares o imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Divergência entre o ICMS normal informado na DMA no valor de R\$14.158,03 referente ao mês de junho/2010 e o valor recolhido no valor de R\$14.098,25. Recolhimento a menor no valor de R\$59,78. Em anexo acosta resumo fiscal com divergência, cópia da DMA Apuração do Imposto. Relatório ICMS Declarado X ICMS Recolhido e extratos de recolhimento do ICMS.

Infração 08. 02.12.01. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar o imposto declaração na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, sendo verificada divergência entre o ICMS substituição Tributária por Antecipação Informado na DMA no Valor de R\$ 5.016,47 referente ao mês de fevereiro/2009 e o valor recolhido no valor de R\$2.348,93. o que corresponde a recolhimento a menor no valor de R\$2.667,54. Apensa o autuante o resumo fiscal com divergência, cópia da DMA Apuração do Imposto, relatório ICMS Declarado X ICMS Recolhido e extratos de recolhimentos do ICMS.

Infração 09. 07.24.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, correspondente a notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte e não lançadas no Livro Registro de Entradas, no Anexo VI, totalizando R\$ 1.399,44, acrescido da multa de 50% e 60%.

Infração 10. 07.24.03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, referindo-se a autuação a notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte e não lançadas no Livro Registro de Entradas constantes do Anexo VII, no valor de R\$ 552,49, além da multa de 50% e 60%.

Infração 11. 16.03.10. Deixou o contribuinte de emitir Nota Fiscal com lançamento de imposto no Livro Registro de Saída, referente a aquisições interestaduais de Brindes, com repercussão na obrigação principal, vez ter dado entrada de brindes em operações interestaduais e operações internas com lançamento da nota fiscal de aquisição no Livro Registro de Entradas com aproveitamento do crédito do ICMS sem emissão da nota fiscal e correspondente lançamento no Livro Registro de Saídas com débito do ICMS conforme prevê o Artigo 565, incisos I, II e III do RICMS/97, na forma do Anexo V, totalizando R\$ 1.004,83, bem como multa de 60%.

Infração 12. 16.05.18. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente aos meses de Janeiro e fevereiro de 2009, sem informações de valores de compras e vendas enquanto que os Livros Registros de Entrada e Saídas apresentam movimento, sendo aplicada multa de R\$ 280,00.

Infração 13. 16.05.11 Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). A infração se reporta a DMA referente ao mês de março de 2009 que apresenta valores totais de entradas de R\$343.299,13 e totais de saídas de R\$388.840,58 enquanto que o Livro de Entradas apresenta totais de R\$349.423,89 e o Livro de Saídas apresenta totais de R\$ 401.762,72. Já a DMA referente ao mês de abril de 2009 apresenta valores totais de entradas de R\$ 407.116,37 e de saídas de R\$412.456,95 enquanto que o Livro de Entradas apresenta totais de R\$ 404.397,73 e o Livro de Saídas apresenta totais de R\$416.944,26. Por seu turno, a DMA referente ao mês de maio de 2009 apresenta valores totais de saídas de R\$ 453.305,19 enquanto que o Livro de Saídas apresenta totais de R\$449.055,71. foi lançado valor de R\$420,00.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 99 a 106, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o lançamento realizado, pelas razões que exporá.

De plano, indica que a infração 01 não pode prosperar vez ser totalmente improcedente, pois a fundamentação que o autuante usou foi equivocada, já que cumpriu todas as exigências do artigo 330-A do RICMS-BA. Afirma estar anexando Protocolo da Comunicação, bem como a própria comunicação dirigida à Inspeção Fazendária do Contribuinte e Parecer Fiscal, além de relatório simplificado do inventário, ao tempo em que informa que o mesmo será enviado em mídia no formato PDF, demonstrando a metodologia utilizada nos cálculos para encontrar o crédito utilizado na mudança de condição de apuração da empresa de pequeno porte para Conta Corrente Fiscal.

Apresenta a seguir, teor de consulta formulada nos seguintes termos, com a correspondente resposta, consubstanciada no parecer DITRI 14797/2008, de 12/08/2008, com o seguinte teor:

*"ICMS. Consulta. Mudança de condição de Microempresa para Pequeno Porte  
Conta corrente fiscal. Crédito Fiscal sobre mercadorias em estoque na data do  
reenquadramento. Art. 330-A, inciso III do RICMS-BA.*

*A consulente, contribuinte inscrito neste Estado, via Internet, formula consulta a esta Diretoria de Tributação, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no tocante à apropriação do crédito fiscal sobre as mercadorias em estoque em face da mudança de condição de microempresa para EPP conta corrente fiscal. Eis o teor do questionamento:*

***"EM 1º DE JULHO DE 2007, MUDAMOS O REGIME DE APURAÇÃO DO ICMS DE SIMBAHIA, PARA ICMS NORMAL E LEVANTAMOS O ICMS DO ESTOQUE, CONSIDERANDO QUE AS MERCADORIAS FORAM ADQUIRIDAS COM ALÍQUOTAS DE 7% E ALÉM DISSO RECOLHEMOS O ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL - 10%.***

***PERGUNTA-SE: O CRÉDITO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR DO ESTOQUE SERÁ DE 17%?"***

***RESPOSTA:***

*Visando fundamentar o nosso raciocínio para esclarecer o questionado pela Consulente, trazemos à lume a regra contida no artigo 330-A do RICMS/BA:*

*Pela regra citada temos que:*

*"Art. 330-A. O contribuinte também escriturará livro Registro de Inventário, na forma prevista no artigo anterior, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque:*

*III - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime normal, devendo especificar:*

- a) as mercadorias cujas operações subseqüentes sejam isentas ou não-tributadas;*
- b) as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;*

c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

§ 1º A escrituração de que cuida o "caput" deste artigo deverá ser realizada:

I - .....

II - nas situações previstas nos incisos II e III, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

§ 2º A utilização do crédito a que se refere a alínea "c" do inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte." Ante o dispositivo legal supra transcrito, passamos à efetiva resposta ao questionado:

1 - Sim. o crédito sobre o valor do estoque deve ser de 17%. Para se apropriar do referido crédito fiscal, a empresa deverá proceder na forma do art. 330-A, III do RICMSBA supra transcrito, comunicando o fato à INFAZ da sua circunscrição fiscal, conforme prevê o § 2º do mesmo dispositivo.

Respondida a questão apresentada, cumpre-nos ressaltar, que, a Consulente deverá acatar o entendimento nela estabelecido, dentro de 20 (vinte) dias, após a ciência da resposta, ajustando-se à orientação recebida, e, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas.

É o parecer.

Parecerista: ELIETE TELES DE JESUS SOUZA

GECOT/Gerente: 12/08/2008 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE

DITRI/Diretor: 12/08/2008 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA"

Conforme tal Parecer, entende evidente que efetuou o procedimento que determina o artigo 330-A. Além disso menciona também que o texto da lei que determina a origem dos créditos é anterior à exigência da Antecipação Parcial, (01/04/2004), assim independente de onde vem a mercadoria o crédito será sempre 17% (dezessete por cento), pois mesmo quando vem de outras Unidades da Federação que transfere apenas 7% (sete por cento), por exemplo, o contribuinte paga a Antecipação Parcial de mais 10% (dez por cento), totalizando assim um crédito no seu estoque de 17% (dezessete por cento), que é o caso, fazendo com que a infração relatada apresente total improcedência.

Apresenta a seguinte tabela:

RESUMO DE TRIBUTAÇÃO DO INVENTÁRIO LEVANTADO EM 31/12/2008.

DESCRIÇÃO DAS SITUAÇÕES	VALOR TOTAL	CRÉDITO ICMS
PRODUTOS SUBSTITUÍDOS	146.214,30	
PRODUTOS ISENTOS OU COM REDUÇÃO DE BASE DE 100%	60.705,13	
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 7,00%	18.045,87	1.263,21
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 11,90%	251,13	29,88
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 12,00%	7.101,60	852,19
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 17,00%	283.915,09	48.265,57
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 18,90%	9.535,88	1.802,28
PRODUTOS COM ALÍQUOTA DE ENTRADA DE 27,00%	1.489,76	402,24
TOTAL GERAL EM 31/12/2008	527.258,76	52.615,37

Com relação a Infração 02 informa, que ocorreu a mudança de condição de apuração do ICMS da empresa de empresa do SIMPLES NACIONAL de pequeno porte para CONTA CORRENTE FISCAL e o programa de informática não estava parametrizado com as tributações de entradas e saídas corretamente.

Assim o mês 01/2009, houve tributação integral em produtos que na verdade são substituídos e isentos e assim gerou indevidamente débitos que foram estornados conforme determina o Legislação. Para comprovação diz estar anexando planilha com essas informações. Dessa forma, demonstrado e comprovado a infração 02 também é descabida e improcedente.

Para Infração 03, aduz que essas mercadorias foram utilizadas na fabricação interna de pães em padaria própria, sendo tributadas na entrada por antecipação tributária, portanto nas saídas para consumo não tem mais imposto a ser cobrado, mais uma vez a infração é totalmente improcedente.

Quanto à infração 04, esclarece que na emissão das notas fiscais de devolução foi utilizado o CFOP 5.202 (Devolução de Mercadorias Tributadas) e na verdade esses produtos eram substituídos, mostrando que a infração também não é devida, na forma da nota fiscal que anexa.

Relativamente às infrações 05, 06, 09 e 10, assevera que dizem respeito a notas fiscais não escrituradas e não apresentadas pelo contribuinte, e não reconhece essas compras, portanto solicitará dos fornecedores os comprovantes de aquisições para provar que essas mercadorias não foram adquiridas por ela e dessa forma improcedente a infração.

Porém, para tal, ou seja, acostar os comprovantes de aquisições e recebimentos dos fornecedores, necessita de mais 30 dias de prazo, estando comprometido em comprovar que essas notas fiscais foram utilizadas para entregar mercadorias a outros contribuintes utilizando sua razão social.

Para as infrações 07 e 08, as quais estão relacionadas a pagamentos efetuados a menor, assevera estar refazendo as apurações para comprovar que houve equívoco na informação declarada, pois na verdade, deveriam estar corretos, como de fato estão, mas para isso irá entregar esses comprovantes juntamente com os itens das infrações 05, 06, 09 e 10, posteriormente.

Com relação à infração 11, indica que os produtos lançados como brindes, na verdade são bonificações que vieram dos fornecedores para revenda, por isso foram utilizado os créditos, com tributação normalmente nas saídas, conforme determina o RICMS-BA. Indica que o Fisco entendeu que fossem produtos destinados a distribuição gratuita e por isso equivocou-se na sua autuação.

Relativamente às infrações 12 e 13, fala que tratam de punição ao contribuinte por equívoco de informação em DMA's e por ser uma situação que não gerou prejuízos ao Estado, solicita dispensar essa multa, já que não praticou ato de má fé, dolo ou fraude, além disso o mesmo sempre foi cumpridor de suas obrigações com o Fisco, merecendo essa bonificação, até porque não é justo punir o contribuinte apenas por ter informado dados diferentes, mas que não geraram nenhum tipo de perda para o ente público.

Assim sendo, e com as comprovações anexas o Auto de Infração aqui questionado descamba para a total improcedência, que requer, e caso sejam ultrapassados os argumentos da improcedência, a presente autuação fiscal seja julgada nula, em função de que o lançamento do agente fiscalizador, não foi comprovado, pois demonstra que não existem tais infrações, aqui questionadas, na forma do artigo 18, Inciso III do RPAF-BA.

Informação fiscal prestada pelo autuante argumenta que na infração 01 verificou que a autuada não escriturou o Livro Registro de Inventário com as mercadorias constantes no estoque em 31 de dezembro de 2008, demonstrando quais as alíquotas de origens dessas mercadorias não cumprindo, assim, as exigências do Art. 330-A, Inciso III, alínea "c" do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97 que determina que as mercadorias constantes no estoque sujeitas ao ICMS, que não as isentas ou não tributadas e as enquadradas no regime de substituição tributária, para fins

de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, tenha esse ICMS calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria o que não ocorreu. Essa escrituração deveria ser realizada no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começou a produzir efeitos. Desta forma, deveria ainda protocolar comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte para que pudesse utilizar esse crédito conforme prevê o parágrafo 2º deste mesmo Artigo 330-A o que não ocorreu. A autuada utilizou crédito no mês de janeiro/2009 enquanto que a comunicação de utilização deste crédito foi protocolada em 15/12/2009 conforme processo SIPRO nº 204220/2009-5. Entende que o débito referente a esta infração deva ser mantido.

Com relação à infração 02, posiciona-se no sentido de que, apesar da autuada declarar que, no mês 01/2009, houve tributação integral em produtos que na verdade eram substituídos e isentos gerando indevidamente débitos, entende comprovado que o total de R\$133.985,80 referente às saídas naquele mês com o CFOP 5405 - Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituído foram operações escrituradas sem débito do imposto conforme cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS. Portanto, não existem registradas operações tributadas de venda de produtos substituídos/isentos. A autuada, em sua defesa, informa ainda que anexou planilha onde comprovaria as suas alegações porém, essa planilha não se encontra nos autos, entendendo que o débito referente a esta infração deva ser mantido.

Na infração 03, indica que a autuada não anexa nenhum documento fiscal que comprove que as mercadorias que saíram com o CFOP 5949 (Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado), referem-se a saída de produtos não tributados/isentos/substituição tributária, razão pela qual o débito deve ser mantido.

Sobre a infração 04, assegura que as devoluções de compras foram efetuadas com o CFOP 5202 e 6202 - Devolução de compra para comercialização. Se fossem operações de devoluções de produtos substituídos, como alega a autuada, essas operações deveriam ter sido realizadas utilizando-se os CFOP's 5411 e 6411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. A autuada não anexa nenhum documento fiscal que comprove as suas alegações, mantendo o lançamento neste aspecto.

Nas infrações nº 05, 06, 09 e 10, observa que a autuada apenas alega que não adquiriu as mercadorias constantes nos demonstrativos referentes à essas infrações e que posteriormente irá comprovar as suas alegações. Como as notas fiscais estão destinadas ao estabelecimento da autuada e não foi comprovado o contrário, mantém o débito destas infrações na sua inteireza

Com relação às infrações 07 e 08, indica que os débitos estão devidamente comprovados nos documentos constantes às fls. 66, 68, 69 e 70 deste PAF razão pela qual mantém, também, os referidos débitos destas infrações.

Sobre a infração 11, a autuada apenas alega que os produtos recebidos como brindes foram, na verdade, bonificações os quais foram revendidos e tributados na saída, não apresentando nada que comprove as suas alegações. Estas entradas de brindes em operações interestaduais e operações internas foram realizadas com lançamento da nota fiscal de aquisição no Livro Registro de Entradas com aproveitamento do crédito do ICMS sem emissão da nota fiscal e correspondente lançamento no Livro Registro de Saídas com débito do ICMS conforme prevê o Artigo 565, Incisos I, II e III do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97. Em razão do descumprimento do previsto na legislação não acolhe o pleito defensivo.

Quanto às infrações 12 e 13, a autuada diz que tratam-se apenas de punição ao contribuinte em razão de equívocos na prestação de informações através das DMA's. Assevera que as penalidades pela omissão de dados nas informações prestadas através das DMA's bem como a divergências desses dados informados em relação aos escriturados nos Livros Fiscais estão devidamente previstos na Lei do ICMS nº 7.014/96 razão pela qual também mantém as penalidades.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

Distribuído, o feito foi convertido em diligência, com o fito de que fossem acostadas ao processo os documentos fiscais que embasaram o lançamento, relativamente às infrações 02, 03, 04, 05 e 06, sendo determinada, ainda, a entrega ao sujeito passivo dos mesmos, concedendo-lhe prazo para manifestação.

Em atendimento a tal solicitação, o autuante acosta planilhas com as notas fiscais arroladas no processo, (fls. 135 a 226), tendo sido o sujeito passivo intimado a se manifestar a respeito (fls. 227 e 228), oportunidade na qual retorna ao processo (fls. 232 e 233), argumentando que em relação à infração 02, está anexando relações que demonstram a média de entradas de mercadorias tributadas, isentas e outras, conforme os seus livros fiscais.

Indica que no mês de janeiro de 2009, devido a erro no sistema de parametrização tributária, o valor se apresenta maior do que a média das entradas, ou seja, tributou produtos isentos e substituídos, razão pela qual o imposto não é devido, razão para ter feito o estorno do débito tributário.

Com relação às infrações 03 e 04, efetuou verificações nota a nota, de acordo com planilha que afirma acostar, tendo encontrado o valor real do imposto devido que é bem menor do que o valor real do imposto cobrado na infração 03. Para a infração 04, o mesmo fato se repete, tendo apurado valor inferior ao lançado. Entende justo que sejam apenas consideradas as mercadorias tributadas, contrariamente ao entendimento do autuante que cobrou à alíquota de 17%, e que o erro decorreu de falta de conhecimento dos responsáveis pelos controles internos da empresa.

Relativamente às infrações 05, 06, 09 e 10, referente aos documentos fiscais não escriturados, informa que também realizou conferência nota a nota e constatou que as mesmas se referem a documentos que não foram recebidos pela empresa, ou seja, foram emitidos pelos fornecedores e devolvidos ou cancelados pelos mesmos, sem que tivessem adentrado no estabelecimento, lembrando que tendo optado pela apuração do imposto através do lucro real, não é interessante para a empresa tal prática, pois deixa de utilizar os créditos fiscais inclusive de PIS e COFINS, sobre as entradas, e redução do IRPJ e CSLL uma vez que o custo das mercadorias se tornaria maior, com lucro menor.

Reitera que a autuação deva ser considerado nula, vez entender ter demonstrado que as infrações inexistem.

Em nova manifestação, abordando os aspectos trazidos pela autuada (fls. 292 a 296), o autuante, em relação à infração 01, reafirma que a autuada não escriturou o livro Registro de Inventário no ano de 2008, desobedecendo o teor do artigo 330-A do RICMS/97, sequer protocolou comunicação na Inspeção de seu domicílio, para que pudesse se utilizar deste crédito em janeiro de 2009, o que somente veio a fazer em dezembro de 2009, através do processo protocolado sob o número 204.220/2009-5, motivo pelo qual mantém a infração.

Na infração 02, apesar de declarar que houve tributação integral de produtos que em verdade eram substituídos e isentos, no mês de janeiro de 2009, está comprovado que o total de R\$133.985,80 referente às saídas naquele mês com o CFOP 5405 foram escrituradas sem débito do imposto, consoante cópia do livro Registro de Apuração do ICMS. Portanto, não existem registradas operações tributadas de vendas de produtos substituídos e isentos, e, embora a autuada tenha prometido comprovar tal fato, não o fez, motivo pelo qual mantém a autuação.

Para a infração 03, indica que a autuada não anexou nenhum documento fiscal que comprovasse que as mercadorias que saíram com o CFOP 5949 referem-se às saídas de produtos não tributados, substituídos e isentos, e que a planilha acostada pela autuada apenas relaciona quais valores de saídas entende que são ou não tributados, sem qualquer outra documentação, para demonstrar o motivo de não serem tributadas partes ou desses valores de saídas, mantendo, de igual forma a infração.



Quanto à infração 04, indica que as devoluções de compras foram feitas com os CFOP's 5202 e 6202, quando, se efetivamente fossem operações de devoluções de produtos substituídos, deveriam ter sido realizadas com os CFOPs 5411 e 6411, tendo a autuada se limitado a apresentar planilha relacionando os valores de devolução que entende tributadas ou não tributadas, faltando a comprovação documental da motivação de não tributação de parte de tais devoluções, o que o faz mantê-la.

Na infrações 05, 06, 09 e 10, mantém as mesmas, pois, ainda que devolvidas, as notas fiscais deveriam ser registradas nos livros fiscais. Quanto as notas canceladas, indica que consultando o sistema de notas fiscais eletrônicas, confirmou que todas estão devidamente autorizadas, o que fragiliza a argumentação defensiva.

Nas infrações 07 e 08, a acusação encontra-se devidamente documentada, o que o leva também a confirmá-las.

Sobre a infração 11, fala que as aquisições foram lançadas com apropriação dos respectivos créditos fiscais nos livros próprios, sem a emissão da nota fiscal respectiva com débito no livro Registro de Saídas, o que desatende ao artigo 565 do RICMS/97, mantendo a infração.

Finalmente, quanto as infrações 12 e 13, confirma a acusação fiscal, e a base legal para a imposição fiscal.

Em 26 de junho de 2015, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em nova diligência, a fim de que (fl. 299) a empresa autuada fosse intimada a apresentar os documentos elencados nas planilhas de fls. 248 a 291, segregando-as por cada demonstrativo elaborado, propiciando nova manifestação do autuante, e eventualmente, do autuado.

Intimada (fls. 302/303), a empresa manifesta-se no sentido de apresentar relação de entradas anuais 2009 e 2010, Apuração de ICMS normal de janeiro de 2009, Planilhas relativas às infrações 03 (2009), e 04 (2009 e 2010), planilhas relativas às infrações 05, 06, 09 e 10 (2009 e 2010), além de reprodução do material em formato eletrônico (fls. 308 a 336).

O diligente, às fls. 340 a 345, em cumprimento ao solicitado, basicamente reafirma a informação dada anteriormente, mantendo integralmente a autuação.

Novamente intimada (fls. 346 e 347), a empresa autuada comparece ao feito, e também reafirma a manifestação anteriormente prestada, acostando mídia com planilhas relativas às infrações 03, 04, 05, 06, 09 e 10, consoante fls. 350 a 394.

Retornando ao autuante, este (fls. 397 a 402), manifesta-se no sentido de que, a exemplo de intervenções anteriores, o lançamento é procedente em sua inteireza.

## **VOTO**

O lançamento constitui-se em treze infrações arroladas pela fiscalização, todas contestadas pelo contribuinte.

Inicialmente, observo que nesta fase processual, o feito encontra-se devidamente instruído, com todos os elementos e requisitos de validade e eficácia, não se podendo falar em nulidade ou ato que possa torná-lo nulo, afastando qualquer dúvida a este respeito, e não acolhendo o argumento defensivo de que inexistente motivação para o lançamento, até pelo fato de ter sido garantido sempre o seu direito ao contraditório, e à ampla defesa, a vista, inclusive, de diligências realizadas com este fim específico.

Adentrando na análise de mérito, verifico que a infração 01, diz respeito a possibilidade de utilização de crédito fiscal quando da mudança de regime de apuração, no caso, de empresa optante do Simples Nacional, para a modalidade de conta corrente fiscal.

Tal previsão encontra-se no artigo 330-A do RICMS/97 vigente à época do fato gerador, o qual de terminava que o contribuinte escrituraria livro Registro de Inventário, na forma prevista no artigo 329, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de

embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzisse efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime normal, devendo especificar as mercadorias cujas operações subsequentes fossem isentas ou não-tributadas; as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do artigo 353; e as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no item anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

A mesma norma, estipula nos §§ 1º a 3º que nas situações previstas nos incisos II e III, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

Já a utilização do crédito a que se refere a alínea “c” do inciso III deveria ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, e o estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias.

São estas, pois, as condições e formas que possibilitariam tal apropriação pela autuada, a qual, argumenta que atendeu a orientação contida na resposta de consulta efetuada, a qual resultou no Parecer DITRI 14797/2008, de 12/08/2008, sendo contestada pelo autuante, o qual argumenta não ter a autuada seguido o regramento normativo, o que levou à autuação, ao não escriturar o livro Registro de Inventário no prazo determinado, além de não ter comunicado ou solicitado à repartição fazendária correspondente.

Em verdade, a argumentação da autuada carece da necessária e imprescindível prova, não se desincumbindo de produzi-la, muito embora os elementos estejam em seu poder, não sendo capaz de enfrentar de forma satisfatória a acusação fiscal, razão pela qual a mantenho, diante, especialmente da não apresentação do livro Registro de Inventário devidamente escriturado, com o estoque do ano de 2008.

Na infração 02, a acusação fiscal reporta-se a realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta da acusação que o sujeito passivo efetuou estorno de débito no mês de referência 01/2009 no valor de R\$ 21.562,87 lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS na linha – Estorno de Débitos (Produtos substituídos e isentos que foram tributados na saídas), sendo a argumentação defensiva a que enfrentou problemas de parametrização de seu sistema de informática, ocorrendo as tributações de entradas e saídas corretamente, com tributação integral de produtos que na verdade são substituídos e isentos e assim gerou indevidamente débitos que foram estornados conforme determina o Legislação.

Apresentou planilha com essas informações que entende corretas, denominadas "resumo anual de operações e prestações por código fiscal/alíquotas ICMS", o que não foi aceito pelo autuante, o qual, assevera a existência de R\$ 133.985,80 referente às saídas com o CFOP 5405 escrituradas sem débito do imposto, consoante cópia do livro Registro de Apuração do ICMS que acosta. Portanto, não existem registradas operações tributadas de vendas de produtos substituídos e isentos, e embora a autuada tenha prometido comprovar tal fato, não o fez, motivo pelo qual mantém a autuação.

A defesa apresentou às fls. 242 a 247 um demonstrativo, denominado "resumo anual de operações e prestações por código fiscal/alíquotas ICMS", que ao seu entender elidiria a infração, pela comprovação de sua insubsistência. Todavia, trata-se apenas e tão somente de um controle extra fiscal, sem o condão de provar contrariamente à acusação do autuante, o que, de novo, fragiliza a sua argumentação defensiva, fazendo com que não o possa acolher, e mantendo a infração, tal como lançada.

Já na infração 03, discute-se a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, vez ter adquirido mercadorias com o fito de comercializá-las, e em momento posterior destinou as mesmas para uso e/ou consumo do estabelecimento, estribando-se a tese defensiva no fato de que as mesmas foram utilizadas na fabricação de pães em padaria própria, e tributadas na entrada por antecipação tributária, não

havendo mais imposto a ser cobrado, argumento igualmente não acolhido pelo autuante, diante da falta de prova trazida pela autuada.

Na verdade, no presente caso, entendo que diante da falta de qualquer elemento de prova trazido pela autuada a favor de sua tese defensiva, plenamente aplicável o disposto no artigo 142 do RPAF/99, o qual determina que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Infração mantida.

Quanto à infração 04, diz respeito a falta de recolhimento do imposto, pela devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto, sendo a argumentação do sujeito passivo a de que houve um equívoco, vez que na emissão das notas fiscais de devolução foi utilizado o CFOP 5.202 (Devolução de Mercadorias Tributadas) quando na verdade, esses produtos eram substituídos, assegurando estar trazendo nota fiscal que entende provar tal argumento, e que tal procedimento decorreu de falta de conhecimento das pessoas responsáveis pelos controles internos da empresa, argumentos não acolhidos pelo autuante em suas manifestações. Na verdade, verificando os fólios processuais, não constatee a anexação pela autuada de qualquer documento que pudesse amparar o seu pleito, apenas um demonstrativo interno, sem qualquer valor fiscal, cujo cabeçalho consta o nome "Prosoft", muito provavelmente o nome da empresa que presta o suporte de informática a autuada, o que não qualifica a prova dita trazida aos autos como eficaz naquilo para o qual pretende, que é a improcedência da autuação, não logrando mais uma vez, sucesso, motivo pelo qual a mesma se mantém.

Na infração 05, discute-se a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, havendo informação de que as notas fiscais não foram apresentadas pelo contribuinte, nem lançadas no Livro Registro de Entradas, sendo a tese defensiva baseada na negativa de aquisição, aliás, a mesma utilizada para as infrações 06 (entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal), 09 (falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições–Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, correspondente a notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte e não lançadas no Livro Registro de Entradas) e 10 (falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, de notas fiscais não apresentadas e não lançadas no Livro Registro de Entradas), observa que a autuada apenas alega que não adquiriu as mercadorias constantes nos demonstrativos referentes à essas infrações, e, em outro momento argumentar que as operações se reportam a notas fiscais devolvidas ou canceladas, o que se caracteriza como uma flagrante contradição, e comprovará tais alegações, argumento também refutado pelo autuante.

Na verdade, mais uma vez noto faltar o necessário elemento de prova, vez que embora prometido, e tendo oportunidade de manifestar-se a respeito de tais documentos, os quais em sede de diligência fiscal lhe foram entregues, a autuada, passados mais de dois anos e seis meses da autuação sequer trouxe um documento que pudesse desconstituir o lançamento relativamente a tais infrações, as quais também são julgadas procedentes por falta de provas em sentido contrário.

Da mesma forma, analisarei conjuntamente as infrações 07 (Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares do imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS., diante da constatação de divergência entre o ICMS normal informado na DMA no valor de R\$ 14.158,03 referente ao mês de junho/2010 e o valor recolhido no valor de R\$ 14.098,25. Recolhimento a menor no valor de R\$ 59,78) e 08 (falta de recolhimento do imposto declarado na DMA, frente a divergência entre o ICMS substituição Tributária por Antecipação Informado na

DMA), as quais estão relacionadas a pagamentos efetuados a menor. A defesa assevera estar refazendo as apurações para comprovar que houve equívoco na informação declarada, pois na verdade, deveriam estarem corretos, como afirma estarem, todavia, até o presente momento não vieram aos autos quaisquer documentos no sentido de elidir as infrações, o que as mantêm.

No tocante à infração 11, que lança imposto pela falta de emissão de Notas Fiscais referentes a aquisições interestaduais de Brindes, vez ter dado entrada de brindes em operações interestaduais e operações internas com lançamento da nota fiscal de aquisição no Livro Registro de Entradas com aproveitamento do crédito do ICMS, tendo a defesa argumentado que houve erro de interpretação do fisco, vez que tais operações, em verdade, se referem a bonificações que vieram dos fornecedores para revenda, por isso foram utilizados os créditos, com tributação normalmente nas saídas, conforme determina a legislação, argumento, igualmente não aceito pelo autuante.

Em verdade, as operações com brindes possuem regramento próprio, estabelecido no artigo 565, Incisos I, II e III do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época do fato gerador, pelo qual fica o adquirente dos mesmos obrigado a lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal, emitindo, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do artigo 565 do RICMS-BA”, lançando a Nota Fiscal referida no Registro de Saídas, na forma prevista no mesmo diploma regulamentar, regra esta não atendida pelo autuado, e que motivou a cobrança efetuada, sendo o argumento verdadeiro, a bonificação deveria vir nos documentos fiscais explicitado de forma demonstrar a verdadeira operação neles acobertadas, o que não ocorreu, razão suficiente para a manutenção da infração.

No tocante à infração 12, a qual se refere a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA, vez que as mesmas não indicavam informações de valores de compras e vendas enquanto que os Livros Registros de Entrada e Saídas apresentam movimento, o que ensejou a aplicação de multa, e 13, que se refere a declarações incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA, o argumento da defesa, é que, diante da falta de prejuízos ao Estado, diante de tal conduta, é imperiosa a dispensa da multa, diante de não caracterizar má fé, dolo ou fraude, além disso o mesmo sempre foi cumpridor de suas obrigações com o Fisco, merecendo essa bonificação, até porque não é justo punir o contribuinte apenas por ter informado dados diferentes, mas que não geraram nenhum tipo de perda para o ente público, ao que se opõe o autuante, diante do caráter legal das multas aplicadas.

Não acolho o pedido formulado pelo sujeito passivo, tendo em vista o fato da quantidade de irregularidades apontadas na autuação, que redundaram em treze infrações, ora analisadas, onze delas reportam-se a descumprimento de obrigação principal, o que, de logo, exclui uma das condicionantes de aplicação do afastamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória contido no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, de que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Tendo sido comprovado a falta de recolhimento do imposto de que fala tal dispositivo, mantenho a imposição das multas para ambas as infrações.

Por tais motivos, julgo o Auto de Infração procedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279228.0101/13-6** lavrado contra **BENICIO DE SOUZA COSTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$106.749,55**, acrescido das multas de 50% sobre R\$3.416,67, de 60% sobre R\$102.328,05, e de 100% sobre R\$1.004,83, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos I, II, alíneas "a", "d" e "f", VII, "a", e IV, alínea "h" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$12.295,85**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, "c", do mencionado artigo 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR