

**A. I. N°** - 269199.0001/15-9  
**AUTUADO** - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 10.05.2016

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0001-06/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. Infração elidida. b) DOCUMENTO INIDÔNEO. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo comprova a escrituração de parte das notas fiscais. Infrações parcialmente subsistentes. Com fulcro no art. 106, II, “c”, do CTN, a multa indicada na infração 2, equivalente a 10% do valor das mercadorias tributáveis não registradas, passa para 1%, uma vez que o inc. IX do art. 42 da Lei nº 7014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Infração não elidida. 4. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR REECOLHIDO E O ESCRITURADO NOS LIVROS FISCIAS PRÓPRIOS. O impugnante não elide a autuação. Infração subsistente. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 6. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Realizados ajustes na apuração do imposto. Infração subsistente em parte. Rejeitadas arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/15, refere-se à exigência de R\$64.478,58, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Valor do débito: R\$2.887,93. Multa de 60%.

Infração 2 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa de R\$27.082,43, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 3 - 16.01.02. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Indicada multa de R\$4.542,48, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 4 - 01.02.11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Valor do débito: R\$209,99. Multa de 100%.

Infração 5 - 02.01.02. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor do débito: R\$1.767,76. Multa de 100%.

Infração 6 - 03.01.04. Recolhimento a menos de ICMS em função de divergência entre o valor recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Valor do débito: R\$2.619,79. Multa de 60%.

Infração 7 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor do débito: R\$7.032,35. Multa de 60%.

Infração 8 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor do débito: R\$18.335,85. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 132 a 151) e, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento de ofício, sob o argumento de que faltam os requisitos essenciais ao Auto de Infração, pois não foi apontado o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação. Diz que apenas, de forma genérica, a autuante indicou o artigo de lei supostamente infringido e como se não bastassem tais vícios, consta ainda grave omissão no combatido Auto de Infração.

Alega que não consta no Auto de Infração enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora impugnante, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa. Diz que o Auto de Infração está eivado de vício insanável, haja vista a violação da norma precisa e articulada no epígrafado decreto, assim há evidente infração aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros. Aduz que é necessária a declaração de nulidade do Auto de Infração, para que haja uma perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Argui a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, pois teria a autuante deixado de apresentar os demonstrativos e os levantamentos efetuados, meios de prova essenciais à materialidade das infrações, conforme dispõe os artigos 39, VI, e 41, I e II, ambos do RPAF/99. Diz que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro da autuante, eivando de nulidade o lançamento, pois deixa de observar o quanto disposto no art. 142 do CTN. Frisa que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nula a autuação em tela, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando, assim, o exercício do seu direito de defesa. Para embasar seus argumentos, reproduz dispositivos legais e jurisprudência.

Também suscita a nulidade do lançamento, pois entende que as notificações não descrevem a legislação aplicável à correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando, desse modo, novo cerceamento de defesa. Afirma que houve restrição ao exercício do seu direito de defesa, o que torna o Auto de Infração eivado de vício, acarretando a sua nulidade, conforme o art. 18, II e III, do RPAF/99.

Ao adentrar no mérito, explica que é uma pessoa jurídica de direito privado cujo objetivo social é o comércio atacadista e que é signatário do Termo de Acordo de que trata o Dec. nº 7.799/00.

Quanto à infração 1, diz que as mercadorias adquiridas dos estados da Paraíba, Sergipe e Espírito Santo foram escrituradas com alíquota de 17%, porém a base de cálculo foi reduzida em 41,176%, incidindo um crédito de ICMS correspondente a apenas 10%, conforme previsto no Dec. nº 7799/00. Ressalta que deve ser reconhecido o seu direito ao benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. nº 7799/00, pois preenche todas as condições para tanto. Às fls. 177 a 229, acosta documentos visando comprovar a veracidade de seus argumentos.

No que tange à infração 2, diz que todos os documentos fiscais relacionados na autuação estão devidamente escriturados, conforme DANFEs e cópia do livro Registro de Entradas anexados às fls. 230 a 240. Afirma que está, portanto, comprovado o equívoco da autuante, inclusive quanto às Notas Fiscais nºs 12374, emitida em 28/03/11, 29477, emitida em 26/10/11, 29601 emitida em 27/10/11, 3373, emitida em 10/11/11, e 18379, emitida em 17/11/11, as quais foram registradas na data das

entradas das mercadorias em 30/03/11, 27/10/11, 28/10/11 e 21/11/11, respectivamente. Diz que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 11680, emitida em 15/12/11, e 116578, emitida em 29/12/11, foram registradas em sua escrita fiscal nos dias 05/01/12 e 03/01/12, respectivamente, quando as mercadorias entraram em seu estabelecimento.

Relativamente à infração 3, sustenta que os documentos fiscais foram devidamente registrados, conforme demonstram os DANFEs e cópia do livro Registro de Entradas anexados às fls. 241 a 260. Ressalta que registrou algumas notas fiscais em datas diferentes da sua emissão, entretanto na mesma competência, sendo que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 939, emitida em 28/05/11, e 15081, emitida em 09/12/11, foram registradas em sua escrita fiscal nos dias 01/06/11 e 09/02/12, respectivamente, após o efetivo recebimento da mercadoria. Frisa que diante da demonstração da correta escrita fiscal, deve ser anulada a infração em tela, ante a inocorrência de violação à norma de regência.

No tocante à infração 4, explica que ao receber as mercadorias constantes na NF-e nº 1757, ainda no mesmo dia de sua emissão, realizou consulta e verificou que constava o status de autorizada e, portanto, a registrou em sua escrita fiscal. Diz que, após esse processo e sem a sua ciência, o emitente cancelou a referida NF-e sem nenhuma comunicação prévia e em desacordo ao que condiz o artigo 44 do RICMS-BA/12. Destaca que a obrigação de se verificar a inidoneidade de documentos e de regularidade da empresa é do fisco e não do contribuinte. Diz que o ato declaratório de inidoneidade só produz efeitos a partir de sua publicação. Para embasar seus argumentos, cita jurisprudência e anexa os documentos de fls. 261 a 264.

Quanto à infração 5, afirma que as notas fiscais em questão estão escrituradas, conforme comprovam os DANFEs e o livro Registro de Saídas anexados às fls. 265 a 281. Aduz que em cada operação com mercadorias tributadas, o débito do ICMS foi recolhido no prazo regulamentar, não existindo saldo ou diferenças a recolher.

Em relação à infração 6, diz que os demonstrativos elaborados pela autuante apontam divergências entre documentos, os livros fiscais e os arquivos eletrônicos, contudo, o ICMS foi apurado e recolhido pelo valor devido no prazo regulamentar. Diz que possivelmente as diferenças podem ter decorrido de utilização de arquivo enviado anteriormente ao retificador. Aduz que é permitida a retificação de arquivos, uma vez que foram transmitidos em data prevista na legislação. Sustenta que a infração não procede, já que houve recolhimento do tributo cobrado e, portanto, está extinta a obrigação tributária, na forma do art. 156, I, do CTN. Como prova dessa alegação, apresentou os documentos de fls. 282 a 284.

No que tange à infração 7, diz que as saídas são referentes a operações internas, destinadas a contribuintes, pessoa jurídica, conforme demonstram os DANFEs anexados às fls. 289 a 498, sendo permitida uma redução de base de cálculo em 41,176%, decorrente da celebração do Termo de Acordo ao que regulamenta o art. 1º do Dec. nº 77999/00. Frisa que, portanto, todas as mercadorias discriminadas no demonstrativo da autuante foram calculadas sem a redução de 41,176%. Reitera os argumentos trazidos em relação à infração 1.

Quanto à infração 8, diz que o relatório da autuante contém mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 289 do RICMS-BA/12, de forma que em relação a essas mercadorias já estava encerrada a fase de tributação nas operações subsequentes, a saber: Nugget Líquido (item 25.7 do anexo I do RICMS-BA); Nugget Pomada (item 25.7 do anexo I do RICMS-BA); Bebida Mista Bivolt (item 6 do anexo I do RICMS-BA); Detefon Espiral (item 25.10 do anexo I do RICMS-BA); Cera Auto Start (item 40.3 do anexo I do RICMS-BA); Silicone Start Indy (item 40.3 do anexo I do RICMS-BA); Óleo King (item 16 do anexo I do RICMS-BA).

Disserta acerca do regime de substituição tributária e, em seguida, diz que na infração 8 está se incorrendo no instituto do *bis in idem*.

Destaca que, além das inconsistências mencionadas acima, constatou a inclusão de uma Impressora a Lazer, um bem do seu ativo imobilizado. Diz que, assim, sobre ela não há incidência de ICMS, nos termos do art. 280 do RICMS-BA/12, conforme DANFE anexo. Também

afirma que em relação ao Carrinho de Bebê Baby Car foi realizada uma transferência entre estabelecimento da mesma empresa, sem destaque do ICMS na saída e, portanto, sem aproveitamento de crédito pelo destinatário, conforme DANFE anexo, que desta forma não gerou nenhum ônus ao Estado. Faz alusão à Súmula 166 do STJ, segundo a qual não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Tece considerações sobre os princípios da verdade material e da boa-fé e, em seguida, diz que considerando as regras insculpidas nos artigos 158 e 159 do RPAF/99, as multas aplicadas devem ser reduzidas, eis que o agiu com boa-fé e que não houve dolo, fraude ou simulação.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante, ao prestar a informação fiscal (fls. 512 a 517), rechaça as preliminares de nulidade argumentando que conforme pode ser observado, às fls. 1 a 6 dos autos, ao final de cada infração estão informados os dispositivos referentes ao enquadramento e à multa aplicada. Diz que no Demonstrativo de Débito, fls. 7 a 12, a última coluna contém os valores sujeitos à incidência de redução de multa e, ao final do referido demonstrativo, ao lado da assinatura do autuado, há a informação de que o débito está sujeito à correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito. Afirma que, portanto, estão presentes no Auto de Infração os requisitos essenciais elencados no art. 39 do RPAF/99, bem como a enumeração das situações de redução da multa.

Menciona que ao Auto de Infração foram anexadas amostragens dos demonstrativos, CD-ROM com a íntegra dos referidos demonstrativo e documentos utilizados para apuração das infrações, anexos III a XII do PAF (fls. 18 a 123), que foram recebidos pelo contribuinte em 06/04/15, conforme assinatura de recebimento nos referidos demonstrativos do presente PAF, portanto, todos os dados necessários para que o autuado tenha conhecimento de como foram calculados os valores encontrados pela fiscalização constam em tais documentos.

Quanto à infração 1, diz que de fato as notas fiscais foram escrituradas com a redução de base de cálculo informada na defesa, de sorte que o contribuinte não utilizou indevidamente o crédito fiscal. Diz que, portanto, a presente infração será retirada do lançamento.

No que tange à infração 2, afirma que o autuado comprovou o lançamento de algumas das notas fiscais. Diz que após exclusão dessas notas cuja escrituração restou comprovada, a infração em tela passou a para R\$3.609,92, no exercício 2011, e fica mantido inalterado o valor de R\$16.168,99 para o exercício 2012, totalizando, assim, R\$19.778,91, conforme demonstrativo às fls. 520 a 528.

Relativamente à infração 3, diz que o autuado comprovou o lançamento de algumas das notas fiscais e, após a exclusão dessas notas, o valor devido passa para R\$367,95, no exercício 2011, e fica mantido o débito de R\$4.107,60 para o exercício 2012, totalizando R\$4.475,55, conforme demonstrativo às fls. 530 a 538.

No que tange à infração 4, destaca que o próprio autuado reconhece que recebeu mercadorias referentes à nota objeto da autuação. Afirma que, segundo o Portal de Nota Fiscal Eletrônica, esse referido documento fiscal se encontra cancelado e, portanto, o correspondente crédito não poderia ser utilizado, nos termos dos artigos 97 e 209 do RICMS-BA/97, que transcreve.

Em relação à infração 5, reconhece que o autuado comprovou o lançamento de algumas notas fiscais incluídas nessa infração. Diz que, após a retirada dessas referidas notas, essa infração passou para R\$1.488,10, conforme demonstrativos às fls. 540 a 545.

Quanto à infração 6, afirma que o argumento defensivo não procede, pois não consta no Ambiente Nacional o recebimento de arquivos EFD retificadores referentes aos exercícios de 2011 e 2012, conforme pode ser observado na Relação de Escriturações Fiscais Recebidas pelo SPED às fls. 547 a 549. Mantém a autuação.

Quanto à infração 7, explica que efetivamente o autuado é signatário do referido termo de acordo, mas a previsão de redução de base de cálculo, até 30/06/12, é apenas para as saídas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia). Admite que nessa infração foram incluídas algumas saídas para contribuintes do ICMS, porém tal equívoco decorreu do fato de o autuado não ter informado na nota fiscal eletrônica a inscrição estadual do seu cliente, o que dificultou a identificação do destinatário como contribuinte do ICMS. Diz que tais contribuintes foram identificados e excluídos da autuação, porém ainda remanescem operações de saídas para não contribuintes do ICMS, consoante exemplo que cita. Sustenta que, após a retirada das operações destinadas a contribuintes do ICMS, a infração em comento passou para R\$5.569,60, conforme relatórios às fls. 555 a 602.

No que tange à infração 8, afirma que de fato as mercadorias citadas na defesa foram incluídas equivocadamente no relatório, exceto a Bebida Mista Bivolt, visto que o NCM informado pelo autuado para o referido produto (NCM 20097900) não está dentre os enquadrados na substituição tributária, como pode ser observado no item 6 do anexo I do RICMS-BA/12 - “Bebidas energéticas e isotônicas - 2106.9 e 2202.9”. Excluiu da infração os valores referentes aos produtos acima mencionados, passando o valor devido para R\$6.200,59, conforme demonstrativo às fls. 604 a 628.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$1.005.991,36 (*sic*).

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 636 a 645 e, preliminarmente, reitera os argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório.

Ao adentrar no mérito, menciona que a autuante reconheceu a improcedência da infração 1.

Quanto à infração 2, diz que a autuante errou ao não retirar essa infração do lançamento de ofício, uma vez que todos os documentos fiscais questionados estão devidamente escriturados conforme DANFes e cópia do livro Registro de Entradas anexos. Ressalta, a título exemplificativo, que as Notas Fiscais nºs 11680, emitida em 15/12/11, e 116578, emitida em 29/12/11, foram registradas nos dias 05/01/12 e 03/01/12, respectivamente. Pede a improcedência desse item do lançamento.

No que tange à infração 3, repisa que os documentos fiscais foram devidamente registrados, conforme demonstram os DANFes e cópia do livro Registro de Entradas anexos. Ressalta que há registros de notas fiscais em datas diferentes da sua emissão, porém, na mesma competência, em virtude do efetivo recebimento da mercadoria em nosso estabelecimento, como exemplo, cita a NF-e nº 15081, emitida em 09/12/11, e escriturada em 09/02/12.

Relativamente à infração 4, diz que não utilizou crédito de ICMS pertinente a um documento fiscal inidôneo, pois a referida operação não se enquadra no art. 209 do RICMS-BA. Aduz que, por força do art. 44 do RICMS-BA, o fornecedor não tem autorização para cancelar a mencionada NF-e, tendo em vista que houve o trânsito da mercadoria constante no DANFE. Frisa que, ao receber a mercadorias em seu estabelecimento, ainda no mesmo dia de sua emissão, realizou consulta a fim de verificar a autenticidade do documento, na qual constava o status de autorizada, presumindo-se desta forma um documento validado ou autorizado. Ressalta que a irregularidade partiu do emitente do documento fiscal, o qual não está em conformidade com o dispositivo legal que trata sobre este evento, cabendo assim, a penalidade ser aplicada apenas ao mesmo. Para embasar seu argumento, cita jurisprudência.

Quanto à infração 5, afirma que as notas fiscais estão devidamente escrituradas, conforme demonstram os DANFes e cópia do livro Registro de Saídas anexos. Diz que o débito foi apurado e recolhido no prazo regulamentar, não restando saldo ou diferenças a recolher.

Em relação à infração 6, sustenta que o ICMS foi apurado e recolhido pelo valor devido no prazo regulamentar. Diz que para comprovar a veracidade dessa informação, anexa recibo de entrega da EFD e DMA em conformidade com a legislação pertinente, tendo em vista que os arquivos retificadores foram transmitidos em prazo regulamentar, livro Registro de Apuração do ICMS e cópias dos recolhimentos referentes os exercícios em questão.

No tocante à infração 7, afirma que ainda persistem valores nos quais não há irregularidade. Alega que as mercadorias discriminadas no demonstrativo elaborado pela autuante não foi considerada a redução de 41,176%, prevista na legislação.

Quanto à infração 8, referindo-se ao produto bebida mista Bivolt, diz que de fato a NCM informada no documento fiscal diverge ao que consta no anexo I, porém, a bebida em questão não é suco, trata-se de uma bebida energética. Aduz que o ICMS não foi recolhido a menor, já que, a mercadoria está sujeita a antecipação tributária nos termos do art. 289 do RICMS-BA/12, a qual encerrou a fase de tributação nas operações subsequentes. Ainda de acordo com os demonstrativos fornecidos pela autuante, além da inconsistência mencionada acima, constatamos uma Impressora a Lazer, sendo esta um bem que compõe o ativo imobilizado desta empresa, e não há incidência de ICMS para esta operação nos termos do artigo 280 do RICMS-BA/12.

Ao finalizar seu arrazoadado, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante se pronuncia às fls. 790/795, no qual repete os argumentos trazidos na informação fiscal.

## VOTO

Preliminarmente foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não foram observados os requisitos previstos do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99 (RPAF-BA/99), que não foram apontados os dispositivos legais vinculados aos fatos tributários, que não constam dos autos as situações de redução de multa e que a descrição dos fatos não era clara. Alegou afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Da análise das peças processuais, constata-se que o Auto de Infração em tela foi lavrado em estrita obediência ao quanto previsto nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99. O Auto de Infração e o correspondente processo administrativo fiscal estão revestidos de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal. Os demonstrativos que embasaram a autuação contêm todos os elementos necessários ao entendimento das infrações detectadas, da metodologia empregada e dos dados envolvidos na apuração dos valores lançados, sendo relevante observar que o autuado recebeu cópia desses demonstrativos como provam os recibos assinados ao final de cada um deles (fls. 19, 21, 22, 24, 26, 30, etc.). Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, aduzindo a sua motivação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato de constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública desse Estado.

Considerando que as infrações apuradas estão descritas de forma clara e precisa, eventuais incorreções na indicação de dispositivo legal não seria motivo de nulidade, pois os autuados não se defendem dos dispositivos legais, mas sim dos fatos que lhe são imputados. Ademais, nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99, o erro na indicação do dispositivo legal não implica nulidade, *desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

O fato de não haver enumeração das situações de redução de multa não é razão para nulidade, pois se trata de situação extrínseca ao lançamento, não havendo qualquer cerceamento à defesa. Os critérios de redução de multa estão na Lei nº 7.014/96, não sendo admissível alegar cerceamento de defesa por suposto desconhecimento de Lei que favorece o infrator, como é o caso em comento. Caso o autuado desejasse efetuar o pagamento do Auto de Infração antes do prazo de apresentação de defesa, e obter benefícios de redução de multa, poderia ter se dirigido à repartição fiscal e pedir o parcelamento ou pagamento do débito ou então apenas tomar conhecimento das reduções de multas. As multas indicadas na autuação foram tipificadas nos incisos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sendo que os acréscimos e redução dessas multas ocorrem

de acordo com a legislação vigente, conforme grafado no demonstrativo de débito do Auto de Infração (fl. 12).

A atualização dos débitos tributários está prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Considerando que os acréscimos legais incidentes sobre o valor do imposto e da multa devidos estão previstos na legislação, não sendo admissível que o autuado venha a alegar cerceamento de defesa por suposto desconhecimento de lei. Dessa forma, a falta de indicação desses dispositivos legais cerceia o exercício do direito de defesa do autuado e não constitui motivo para a decretação da nulidade arguida.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e passo ao mérito da lide.

Trata a infração 1 de utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Em sua defesa, o autuado afirma que apesar da aplicação da alíquota de 17%, a base de cálculo do imposto foi reduzida, de forma que o imposto creditado correspondeu a uma carga tributária de 10%. Na informação fiscal, a autuante acolhe o argumento defensivo e sugere que seja decretada a improcedência desse item do lançamento.

Foi correto o posicionamento da autuante na informação fiscal, pois os documentos trazidos na defesa comprovam que não houve a apropriação de crédito fiscal em valor superior ao corretamente calculado. Dessa forma, a infração 1 não subsiste.

Na infração 2, o autuado foi acusado de ter dado entrada em seu estabelecimento a mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado alegou que a exação não procedia, pois os documentos fiscais relacionados na autuação foram registrados em sua escrita fiscal, como provam os documentos de fls. 230 a 240. Na informação fiscal, a autuante refez a apuração dos valores devidos, excluindo as operações cuja escrituração estava comprovada.

Os documentos trazidos na defesa são constituídos de fotocópias de demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 231 e 232/235) e fotocópias de cinco notas fiscais (fls. 236/240). No demonstrativo de fls. 232/235, constam variadas observações, apostas a lápis, às margens do documento. Por seu turno, nas notas fiscais de fls. 236/240, no campo “Reservado ao Fisco”, de forma manuscrita, foram consignadas datas (09/01/2013, 02/01/2013, 09/01/2013 e 03/01/2013).

Para elidir total ou parcialmente a infração em tela, o autuado deveria ter trazido aos autos cópia da sua escrituração fiscal, onde constassem os lançamentos atinentes aos documentos fiscais que foram relacionados na autuação. Entendo que as provas trazidas na defesa são frágeis, porém, considerando que essas provas foram acatadas pela própria autuante - auditora fiscal responsável pela ação fiscal, que teve acesso aos livros e documentos do autuado e que lavrou o Auto de Infração -, acompanho o posicionamento da autuante na informação fiscal, quando refez a apuração da multa cabível para a infração em comento.

Ressalto que os argumentos trazidos na manifestação do autuado após a informação fiscal não são capazes de alterar os novos valores apurados pela autuante, pois todas as notas fiscais enumeradas na defesa foram excluídas da autuação.

Assim, a infração 2 subsiste em parte, conforme os demonstrativos retificados elaborados pela própria autuante e acostados às fls. 520 a 528. Contudo, apesar de a infração 2 restar parcialmente caracterizada, a multa que remanesce no valor de R\$19.778,91, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas, carece de retificação, pois, com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, essa penalidade fica reduzida de 10% para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passando a ter a seguinte redação:

*IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadorias ou serviços sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Dessa forma, a infração 2 subsiste em parte, porém o valor da multa fica reduzido para R\$1.977,89, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR.	DATA VENC.	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
28/02/11	09/03/11	2.387,83	1%	23,88
31/03/11	09/04/11	9,00	1%	0,09
31/05/11	09/06/11	11.451,35	1%	114,51
31/08/11	09/09/11	782,00	1%	7,82
31/10/11	09/11/11	424,80	1%	4,25
31/12/11	09/01/12	21.044,25	1%	210,44
31/01/12	09/02/12	11,00	1%	0,11
31/03/12	09/04/12	2.913,05	1%	29,13
31/05/12	09/06/12	7.467,33	1%	74,67
30/06/12	09/07/12	350,82	1%	3,51
31/07/12	09/08/12	1.831,50	1%	18,32
31/08/12	09/09/12	6,45	1%	0,06
30/09/12	09/10/12	43,21	1%	0,43
31/10/12	09/11/12	63.130,00	1%	631,30
30/11/12	09/12/12	40,58	1%	0,41
31/12/12	09/01/13	85.895,92	1%	858,96
SOMATÓRIO				1.977,89

Cuida a infração 3 de entrada de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal. Em sua defesa, o impugnante volta a alega que a autuação não procede, uma vez que os documentos fiscais relacionados em questão foram registrados em sua escrita fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 241 a 260. A autuante, na informação fiscal, refez a apuração dos valores devidos, excluindo as operações cuja escrituração estava comprovada.

Da mesma forma que na infração anterior, os documentos trazidos na defesa são constituídos de fotocópias de demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 242 e 243/244) e fotocópias de oito notas fiscais apresentadas em duplicidade (fls. 245/260). No demonstrativo de fls. 243/244, algumas notas fiscais foram destacadas com marca-texto e, em algumas delas, foram consignadas datas a lápis.

Como foi explicado na infração anterior, para elidir a infração, o autuado deveria ter trazido aos autos cópia da sua escrituração fiscal, onde constassem os lançamentos atinentes aos documentos fiscais que foram relacionados na autuação. Também nem relação a presente infração, considero que as provas trazidas na defesa são frágeis, porém, tendo em vista que essas provas foram acatadas pela própria autuante - auditora fiscal responsável pela ação fiscal, que teve acesso aos livros e documentos do autuado e que lavrou o Auto de Infração -, acompanho o posicionamento da autuante quando refez a apuração da multa cabível para a infração em tela.

Mais uma vez, saliento que os argumentos trazidos na manifestação do autuado após a informação fiscal não são capazes de alterar os novos valores apurados pela autuante, pois todas as notas fiscais enumeradas na defesa foram excluídas da autuação.

Desse modo, a infração 3 subsiste em parte, no valor de R\$4.475,55, conforme os demonstrativos retificados elaborados pela própria autuante e acostados às fls. 530 a 538.

A infração 4 versa sobre utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Argumenta o autuado que a exigência fiscal não procede, pois a Nota Fiscal em questão (NF-e nº 1757 - fl. 264) foi cancelada pelo emitente, sem nenhuma comunicação.

O argumento defensivo não procede, pois o documento de fl. 47 comprova que a NF-e nº 1757 foi cancelada pelo seu emitente no mesmo dia da sua emissão, fato que não é negado pelo autuado. Nessa situação, está claro que essa nota fiscal não se referiu a uma efetiva operação e, portanto, é considerada inidônea, conforme prevê o art. 44, II, "e", da Lei nº 7.014/96. Uma vez caracterizada a inidoneidade do documento fiscal, fica vedada a utilização do crédito fiscal correspondente, a teor do art. 31 dessa mesma Lei.



Ao contrário do afirmado na defesa, constitui obrigação acessória dos contribuintes do ICMS verificar a idoneidade dos documentos fiscais lançados em seus livros fiscais, haja vista que os documentos considerados inidôneos não ensejam a apropriação do crédito fiscal correspondente. Por fim, é relevante observar que o autuado não comprovou o estorno desse crédito fiscal que foi indevidamente apropriado.

Dessa forma, a infração 4 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 5 de falta de recolhimento do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O autuado afirma que os documentos fiscais foram regularmente escriturados e que o ICMS correspondente foi recolhido no prazo regulamentar; como prova dessa alegação apresenta os documentos de fls. 265 a 281. Na informação fiscal, a autuante reconhece que o autuante lançou algumas notas fiscais e, em consequência, refaz a apuração do imposto, conforme os demonstrativos de fls. 540 a 545.

Acompanho o posicionamento da autuante na informação fiscal, pois as retificações foram efetuadas pela própria autuante, preposto fazendário que realizou a auditoria fiscal, que teve acesso aos livros e documentos do autuado e que lavrou o Auto de Infração.

Ressalto que o autuado, ao se notificado acerca dos novos demonstrativos, apenas repetiu os argumentos trazidos na defesa inicial, deixando, assim, de apresentar provas de que efetivamente a infração em comento não procederia em sua totalidade.

A infração 5, portanto, é procedente em parte no valor de R\$1.488,10, ficando o demonstrativo de débito conforme fls. 540 e 543.

Cuida a infração 6 de recolhimento a menos de ICMS em função de divergência entre o valor recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Afirma o defendente que a diferença apurada pela autuante decorreu do fato de que a auditora fiscal não considerou a retificação de sua escrita fiscal, como provam os documentos de fls. 282 a 284.

Essa tese defensiva não se sustenta, uma vez que os documentos de fls. 282 a 284 não comprovam a retificação da escrita fiscal do impugnante. Na verdade esses documentos trazidos na defesa são meras fotocópias dos demonstrativos que foram elaborados pela autuante para a infração em comento. Por fim, colocando por terra o argumento defensivo, a autuante trouxe aos autos o documento de fls. 547 a 549, o qual comprova que para os exercícios de 2011 e 2012 não houve retificação da escrita fiscal do autuado. Tendo em vista que o argumento defensivo não se mostrou capaz de elidir a acusação que foi imposta ao autuado, a infração 6 é subsistente.

Na infração 7, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Argumento o defendente que as saídas relacionadas na autuação são destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS e, portanto, faz jus à redução de base de cálculo, conforme comprovam os documentos de fls. 289 a 498. Na informação fiscal, a autuante reconhece que o argumento defensivo procede quanto a alguns dos destinatários relacionados na autuação e, dessa forma, refaz a apuração do imposto, conforme os demonstrativos de fls. 555 a 602.

O argumento defensivo e as provas correspondentes não especificam quais os contribuintes que estariam inscritos no CAD-ICMS e que, portanto, teriam sido indevidamente incluídos na auditoria fiscal pela autuante. Contudo, a autuante refaz a apuração do imposto, excluindo os contribuintes que estavam inscritos no CAD-ICMS e que, indevidamente, constavam na autuação.

Acolho o procedimento adotado pela autuante na informação fiscal e julgo a infração 7 procedente em parte, no valor de R\$5.569,60, conforme os demonstrativos de fls. 555 a 602. Ressalto que o autuado, ao ser notificado desses novos demonstrativos, se limitou a reiterar o argumento que já tinha sido trazido na defesa inicial.

Trata a infração 8 de recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Visando elidir a infração, o defendente alega que: a) os produtos Nugget Líquido, Nugget Pomada, Bebida Mista Bivolt, Detefon Espiral, Cera Auto Start, Silicone Start Indy e Óleo King estão no regime de substituição tributária e, portanto, a autuação não procede quanto a eles; b) indevidamente consta na autuação uma Impressora a Lazer, um bem do seu ativo imobilizado, sem a incidência de ICMS, nos termos do art. 280 do RICMS-BA/12; c) a operação com Carrinho de Bebê Baby Car foi realizada em transferência entre estabelecimento da mesma empresa.

Quanto aos produtos Nugget Líquido, Nugget Pomada, Detefon Espiral, Cera Auto Start, Silicone Start Indy e Óleo King, a autuante, de forma acertada, acolheu o argumento defensivo e excluiu as correspondentes operações da autuação, já que tais mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, estavam com a fase de tributação encerrada.

No que tange à Bebida Mista Bivolt, não foi acolhido o argumento defensivo, pois considerou a autuante que essa mercadoria não estava enquadrada no regime de substituição tributária e, portanto, deveria ter a operação de saída tributada normalmente.

Para que uma determinada mercadoria esteja enquadrada no regime de substituição tributária, é necessário que haja coincidência entre a descrição e a NCM previstas na norma. No caso concreto da Bebida Mista Bivolt, observa-se que consoante o item “6” do Anexo I do RICMS-BA/12, as bebidas energéticas e isotônicas que estavam enquadradas no regime de substituição tributária eram as de NCM n<sup>os</sup> 2106.9 e 2202.9. Considerando que a NCM informada pelo autuado era 2009.79.00, depreende-se que a Bebida Mista Bivolt não estava enquadrada no regime de substituição tributária, pois possuía NCM diversa da constante no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Foi correto, portanto, o posicionamento da autuante na informação fiscal.

No que tange à Impressora a Lazer, mesmo admitindo que tenha sido destinada ao ativo imobilizado do autuado, a operação de saída é tributada. Igualmente tributada é a saída em transferência de Carrinho Baby Car. Assim, foi correto o posicionamento da autuante quanto a essas duas operações.

Apesar de acolher as correções efetuadas pela autuante, ressalto que o valor apurado às fls. 604 a 628, no montante de R\$6.200,59, é referente apenas ao exercício de 2012. Os valores originalmente apurados para o exercício de 2011 não foram alterados na informação fiscal, haja vista que nenhum dos produtos citados na defesa fez parte desse referido exercício. Desse modo, a infração 8 subsiste parcialmente no valor total de R\$16.307,45, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR.	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/11	09/02/11	11.315,47	17%	60%	1.923,63
28/02/11	09/03/11	18.568,41	17%	60%	3.156,63
31/03/11	09/04/11	18.396,06	17%	60%	3.127,33
30/04/11	09/05/11	4.989,65	17%	60%	848,24
31/05/11	09/06/11	601,82	17%	60%	102,31
30/06/11	09/07/11	12,47	17%	60%	2,12
31/07/11	09/08/11	398,59	17%	60%	67,76
31/08/11	09/09/11	273,94	17%	60%	46,57
30/09/11	09/10/11	25,41	17%	60%	4,32
31/10/11	09/11/11	602,47	17%	60%	102,42
30/11/11	09/12/11	958,35	17%	60%	162,92
31/12/11	09/01/12	3.309,47	17%	60%	562,61
31/01/12	09/02/12	1.888,12	17%	60%	320,98
29/02/12	09/03/12	454,24	17%	60%	77,22
31/03/12	09/04/12	1.355,35	17%	60%	230,41
30/04/12	09/05/12	2.432,06	17%	60%	413,45
31/05/12	09/06/12	1.805,76	17%	60%	306,98
30/06/12	09/07/12	1.892,76	17%	60%	321,77
31/07/12	09/08/12	6.138,47	17%	60%	1.043,54
31/08/12	09/09/12	2.717,41	17%	60%	461,96

30/09/12	09/10/12	2.955,06	17%	60%	502,36
31/10/12	09/11/12	6.493,00	17%	60%	1.103,81
30/11/12	09/12/12	3.912,06	17%	60%	665,05
31/12/12	09/01/13	4.429,76	17%	60%	753,06
SOMATÓRIO					16.307,45

Em sua defesa, o autuado solicita redução ou dispensa de multa. Quanto às multas por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pedido ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda. No que tange às multas por descumprimento de obrigação acessória, o pedido não merece acolhimento, pois, considerando a diversidade de infrações cometidas pelo autuado no mesmo período, não há como se afirmar que a falta de registro de notas fiscais (infrações 2 e 3) não tenha ocasionado falta de pagamento de imposto, condição necessária para concessão da dispensa ou redução pleiteada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$32.578,37, para julgar a infração 1 improcedente, as infrações 2, 3, 5, 7 e 8 procedentes em parte e as infrações 4 e 6 procedentes.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269199.0001/15-9**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.194,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.496,84 e 100% sobre R\$1.698,09, previstas no art. 42, Incisos II, alíneas “a”, “b”, III e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$6.453,44**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA