

A. I. Nº - 232879.0008/14-9
AUTUADO - F.F.F. FERMENTÃO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS RODRIGUES DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22/03/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovada mediante diligência fiscal a inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais escrituradas. Revisão efetuada pelo autuante excluiu as notas fiscais escrituradas reduzindo o valor do débito. Reduzida multa para 1%, consoante alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/09/2014, para exigir o Crédito Fiscal no valor total de R\$9.746,69, com as seguintes imputações fiscais;

Infração 01 - 07.15.02. Recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro, março a junho e outubro a dezembro de 2010, fevereiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.326,39, acrescido de multa de 60%.

Infração 02 - 01.05.03. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base cálculo, no valor correspondente a proporcional da redução, nos meses de julho e setembro de 2010, e janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.241,64, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 16.01.01. Entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Exigida a multa no valor de R\$7.179,66, resultante do percentual de 10%, sobre o valor das mercadorias.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 110, requer que seja feito o Controle da Legalidade, fls. 104 a 106, nos termos que se segue.

Inicialmente requer que o presente processo administrativo seja analisado e, em seguida, encaminhado a PGE/PROFIS para que seja feito o Controle da Legalidade, nos termos do quanto previsto no art. 113 do RPAF-BA/99, pugnando ao final pela nulidade da intimação com a baixa do processo em diligência e/ou reabertura de prazo para defesa consoante autoriza o §3º do citado artigo.

Observa que a intimação do Auto de Infração em tela se deu por Via Postal, tendo sido o Aviso de Recebimento - AR assinado por funcionário da empresa, que não tinha competência para tanto, e que, por desídia, não repassou para o setor competente a tempo de serem adotadas as providências necessárias.

Explica que, apesar da falta de competência do funcionário subscritor do aviso de recebimento, esta não é a nulidade que argüi. Continua pugnando pela nulidade da intimação acerca da autuação, o fazendo com base art. 18, inciso II e art. 20 todos do RPAF-BA/99, por flagrante preterição de seu direito de defesa.

Assinala que, quando da intimação acerca da lavratura do Auto de Infração, pela Via Postal, não foi obedecido o quanto expressamente previsto no art. 46 do RPAF-BA/99. Ou seja, não lhe foram fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que lastrearam a autuação, tampouco, foram devolvidos os documentos arrecadados quando do início da fiscalização, em flagrante ofensa ao seu direito de defesa.

Frisa que o art. 39, inciso X, do RPAF-BA/99 é claro ao determinar que, deve constar do Auto de Infração a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração da sua recusa, o que no presente caso, também não foi observado pelo autuante.

Esclarece que o próprio dispositivo do RPAF-BA/99, que prevê a formas de intimação do sujeito passivo, art. 108, diz que esta poderá ser: pessoal, via postal ou por meio eletrônico, quando não for prevista forma diversa pela legislação. Prossegue destacando que na hipótese de intimação referente a lavratura de Auto de Infração, a legislação prevê claramente forma específica para tanto, qual seja, deve constar no Auto de Infração a “assinatura do Autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração da sua recusa”. O que não ocorreu no caso dos autos.

Assevera que também não ocorreu o quanto disposto no já citado art. 46 do RPAF-BA/99, no sentido de que juntamente com o Auto de Infração, ao sujeito passivo: “ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.”.

Requer seja declarada a nulidade da intimação da empresa acerca do Auto de Infração, posto que o mesmo não foi assinado por qualquer de seus representantes, determinando-se que seja baixado o processo em diligência para que o autuante cumpra com todas as disposições legais estatuídas no aqui citado RPAF-BA/99, no sentido de que seja intimado corretamente acerca da lavratura do Auto de Infração, entregando ao sujeito passivo todos os demonstrativos e levantamentos que lastrearam a atividade fiscal, bem como devolvendo todos os documentos que foram arrecadados quando do início da fiscalização, a fim de garantir seu pleno direito de defesa.

Por fim, conclui sustentando que, caso não seja declarada a nulidade da intimação, que seja reconhecida a nulidade da autuação por ofensa ao seu direito de defesa, já que não lhes foram entregues cópias dos demonstrativos e levantamentos que lastrearam a autuação, bem como por não ter sido devolvida toda a documentação arrecadada quando do inicio da fiscalização, prejudicando a elaboração de defesa, pugnando, assim, pela reabertura de prazo, nos termos do art. 113, §3º do RPAF-BA/99.

A PGE/PROFIS, por meio de Procuradora designada, ao apreciar o pedido de Controle da Legalidade apresentado pelo defendant, se manifesta à fl. 122, determinando nova intimação dirigida aos sócios administradores do autuado e do Contador constante do INC-SEFAZ, para entrega de cópia de todo o PAF, reabrindo o prazo de defesa.

Devidamente intimada, fls. 123 a 127, e ciente da reabertura do prazo de defesa, o sujeito passivo apresenta defesa, fls. 129 a 132, articulando os seguintes argumentos.

Inicialmente diz atuar no ramo do comércio atacadista de produtos do gênero alimentício, nesse sentido busca manter a mais escorreita relação com o Poder Público, prezando sempre pela adimplência com o Fisco em todas as suas esferas, principalmente a nível Estadual.

Registra que o autuante, após fiscalização, houve por bem autuar seu estabelecimento apontando 03 infrações. Destaca que, após a análise das infrações elencadas no Auto de Infração, em razão da baixa monta das diferenças de valores que teriam ocasionado: Infração 01 - recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, onde foram apontadas diferenças em alguns meses de R\$0,03; R\$0,52; R\$1,34; e, Infração 02 - falta de estorno de crédito de mercadoria cuja saída tenha se beneficiado por redução da base de cálculo, com diferenças não estornadas em alguns meses de R\$17,50; R\$30,00 - opta, em respeito ao trabalho do autuante, por recolher os valores referentes às infrações 01 e 02, as quais, em que pese não concordar - deixa de impugnar.

Com relação a suposta infração 03, qual seja, dar entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação, sem a devida escrita fiscal, afirma que tal alegação resta parcialmente equivocada.

Frisa que, após verificar a relação das notas apontadas pelo autuante como não escrituradas, percebe-se, conforme cópia do livro Registro de Entradas documento anexo, fls. 138 a 161, que apenas algumas delas deixaram de ser escrituradas. Sustenta que, em verdade, efetivamente, deixaram de ser escrituradas as Notas Fiscais de nºs 11677, 749, 13811, 14617, 18058, 370, 31036, 31307, 31797 e 37, conforme se verifica na planilha que anexa à fl. 130. Pondera que de acordo com a capitulação legal trazida no próprio Auto de Infração, a multa pela não escrituração de tais notas fiscais na espécie deve ser de 10% (dez por cento) sobre o valor de cada nota fiscal.

Asseverando que, nesse sentido, considerando-se que o somatório das notas efetivamente não escrituradas é de R\$27.288,37, aplicando-se o percentual de 10% (multa pela infração), tem-se em valor histórico para a infração 03, o montante de R\$2.728,84, e não R\$7.179,66, conforme aponta equivocadamente o autuante no Auto de Infração, o que fica de logo impugnado.

Lembra que a verdade material é o princípio do qual não deve furtar-se a autoridade administrativa, porque é seu dever funcional. Nestes termos, requer, quando da apreciação e julgamento da presente impugnação, a observância e o respeito ao citado princípio, alicerce de todo o processo administrativo.

Frisar também que a finalidade do processo administrativo tributário é a observância e o controle da veracidade/legalidade dos atos da Administração e dos administrados, portanto, sua consagração deve ser de aplicação imediata e obrigatória à Administração Pública.

Destaca que o procedimento administrativo para ter seu desenvolvimento válido, deve disponibilizar ao administrado a possibilidade de ver conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter formal e material. Depois de reproduzir trecho de ensinamentos do jurista pátrio, James Marins, sobre o tema, requer seja acolhida a presente defesa, confiante no respeito ao princípio da verdade material quando do julgamento desta impugnação, com base na documentação anexada e nas alegações expostas.

Protesta por todos os meios de prova admitidos, especialmente a juntada de documentos em prova e contra prova, bem como a realização de perícia contábil caso seja necessário.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme especificamente demonstrado pelas razões de impugnação da infração 03, fixando-se o seu montante histórico em R\$2.728,84.

O autuante presta informação fiscal, fls. 165 a 168, depois de resumir as razões de defesa apresentadas pelo impugnante, aduz os argumentos a seguir sintetizados.

Observa que o defendantte anexou ao presente cópias dos livros fiscais e que ora anexa os arquivos magnéticos do SINTEGRA, transmitidos a SEFAZ, nos quais a vista da consulta das

operações de entradas por CNPJ nestes exercícios não constam as entradas efetuadas através das notas fiscais elencadas no Auto de Infração.

Informa que os sócios e responsáveis pela empresa não residem nesta cidade de Feira de Santana e quando procurado, foi informado que não se encontravam, bem assim, é o Contador responsável pela Contabilidade da Empresa.

Salienta que a empresa, por seu advogado, já em sua petição requerendo o Controle da Legalidade, confessa, quando diz que quem recebeu o AR não encaminhou ao setor destinatário por desídia. Indaga: que culpa teria ele, ou mesmo, a Fazenda Pública? Acrescenta observando que, o setor de cobrança, a GECOB, manda os demonstrativos juntamente com a Intimação.

Assevera que o impugnante em sua defesa concorda com parte da ação fiscal e discorda de outra e anexa cópias dos livros fiscais, onde supostamente encontra-se registradas algumas notas fiscais que não foram encontradas registradas por ocasião das atividades de auditoria, contudo estes estão em desacordo com os arquivos do SINTERGRA transmitidos pela empresa a SEFAZ, quando buscou todas as entradas por CNPJ, que diz anexar.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

À fl. 171, o impugnante ingressa com petição requerendo a emissão de DAE para realizar o pagamento dos valores relativos às infrações 01 e 02, informando que impugnou o lançamento atinente à infração 03.

Consta às fls. 177 a 180, demonstrativo do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT indicando o pagamento de parte do lançamento de ofício efetuado pelo sujeito passivo.

Em pauta suplementar esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal, decidiu converter os autos em diligência, fl. 182, para que o autuante colacionasse aos autos a comprovação obtida por ocasião fiscalização ao estabelecimento autuado a comprovação inequívoca da falta de registro das notas fiscais questionadas pelo impugnante.

O autuante, em atendimento ao pedido de diligência, informa às fls. 185 e 186 que em verdade somente anexou aos autos cópias dos livros Registro de Entradas relativas às infrações 01 e 02.

Observa que, apesar de no ensejo da impugnação não ter acolhido as razões de defesa em relação à infração 03, ao reexaminá-las e à luz das cópias do livro Registro de Entradas, se convenceu de que são procedentes as alegações do impugnante, razão pela qual elaborou novo demonstrativo de débito consignando as notas fiscais efetivamente não registradas, fl. 186, no qual discrimina o montante da multa apurada no valor de R\$2.728,82.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência atendida pelo autuante, fls. 187 e 188, o impugnante não se manifesta no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente saliento que as suscitadas questões acerca das preliminares de nulidade articuladas pelo impugnante foram todas debeladas, ante a intervenção da PGE/PROFIS que resultou em nova intimação do autuado, reabertura do prazo de defesa, bem como com a entrega de todos os elementos que integram os presentes autos.

Assim, devidamente supridos os supra aludidos óbices, depois de compulsar as peças que compõem a autuação, constato que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito constato que o autuado, em suas razões de defesa reconheceu a procedência da exigência fiscal consubstanciada nos itens 01 e 02, parte da infração 03. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista a inexistência de controvérsia.

A infração 03 refere-se a entrada no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas a tributação, consoante demonstrativos, fl. 46 e fl. 65.

Na impugnação, o autuado somente não acatou a acusação fiscal, em relação às Notas Fiscais de n^{os} 11677, 749, 13811, 14617, 18058, 370, 31036, 31307, 31797 e 37, arroladas no levantamento fiscal as quais reconhece que não foram registradas de acordo com a cópia em seu livro Registro de Entradas - LRE, que acosta às fls. 138 a 161. Sustentou que aplicando o percentual de dez por cento sobre o somatório dessas notas fiscais efetivamente não escrituradas de R\$27.288,37, resulta no montante de R\$2.728,84, como sendo o valor histórico para a infração 03 e não R\$7.179,66, como apurou o autuante.

O autuante ao presta informação fiscal não acatou as alegações da defesa e manteve a autuação.

Esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu os autos em diligência para que o autuante verificasse a efetiva escrituração das notas fiscais arroladas pelo impugnante em sede defesa com base no livro Registro de Entradas utilizado pela fiscalização por ocasião da auditoria fiscal e juntasse aos autos cópia referido LRE.

Ao atender a diligência o autuante, depois de examinar o LRE, asseverou serem procedentes as alegações da defesa e, com base nas notas fiscais remanescentes não escrituradas, elaborou novo demonstrativo de débito que colacionou às fl. 186, no qual resta consignado o valor da multa reduzido para R\$2.728,84 em decorrência da aplicação da multa de 10% sobre o valor total das notas fiscais não escrituradas no montante de R\$27.288,37.

Mediante intimação, fls. 187 e 188, foi dado ciência ao autuado do resultado da diligência, no entanto se manifestou nos autos.

Inicialmente, registro que a multa indicada atinente a esse da autuação afigura-se devidamente expressa no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Depois de examinar as peças que integram o processo, verifico que, com a intervenção do autuante ao atender ao pedido de diligência desta Junta e acolher as alegações da defesa, com base no exame do LRE do autuado, constato não mais existir lide em relação ao item 03 da autuação.

Logo, fica parcialmente mantida a infração 03.

No entanto, saliento que, consoante alteração do inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, publicada no DOE de 11 dez 2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, *in verbis*:

“Art. 42.

[...]

IX - 1% (um 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;”

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN, entendo ser cabível a aplicação à infração 03 a retroatividade benigna preconizada no referido dispositivo legal, *in verbis*:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Assim, aos valores remanescentes apurados na infração 03 deve ser aplicada multa de 1% sobre as notas fiscais de mercadorias tributáveis não registradas no LRE.

Nestes termos, acolho parcialmente o novo demonstrativo elaborado pelo autuante e acostado à fl. 186, que resultou na diminuição do débito exigido na infração 03 para R\$2.728,82, que ajustado o valor da multa para 1%, remanesce o débito no montante de R\$272,88, conforme discriminado no demonstrativo comparativo na coluna “Julgamento”.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 03			
DATA OCORRÊNCIA	AUTO DE INFRAÇÃO	INFORMAÇÃO FISCAL	JULGAMENTO
28/02/2010	927,22	0,00	0,00
30/04/2010	968,38	0,00	0,00
31/05/2010	891,29	0,00	0,00
30/06/2010	231,65	231,64	23,16
31/07/2010	185,00	185,00	18,50
31/08/2010	543,66	543,61	54,36
30/11/2010	168,00	168,00	16,80
30/04/2011	99,60	99,60	9,96
30/08/2011	1.480,78	1.480,77	148,08
31/10/2011	1.684,08	20,20	2,02
TOTAIS	7.179,66	2.728,82	272,88

Assim, resta parcialmente caracterizada a infração 03.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232879.0008/14-9, lavrado contra **F.F.F. FERMENTÃO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.567,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$272,88**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA