

A. I. N° - 206907.0021/13-7
AUTUADO - BAHIA DISTRIBUIDOR DE PAPELARIA LTDA.
AUTUANTE - JOAQUIM DIAS CASTRO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12.05.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Revisão fiscal realizada pela autuante, reduziu o valor lançado. Observado de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Infração parcialmente procedente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS E/OU BAIXADOS OU INAPTOS NO CAD/ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Argumentos defensivos não elidem a infração. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Restou comprovado que parte das mercadorias estão sujeitas à substituição tributária e, por conta disso, inclusive por expressa vedação contida no art. 356 do RICMS-BA, não é possível a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/11/2014, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$20.887,26, em razão de:

Infração 01 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%. Valor histórico autuado R\$16.212,77.

Infração 02 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico autuado R\$296,52.

Infração 03 – 07.04.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. Valor histórico autuado R\$3.761,04.

Infração 04 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária. Valor histórico autuado R\$616,93.

O autuado às folhas 257 a 261, impugnou parcial o lançamento tributário, com referência à infração 01, aduz que todas as notas fiscais estão regular e tempestivamente escrituradas conforme demonstrativo que elaborou, fls. 258 e 259, constando em que datas foram escrituradas.

Frisa que as notas fiscais em que o campo está em branco, se referem a notas fiscais que a autuada desconhece totalmente como de aquisição sua, não havendo qualquer registro físico de eventuais entradas de mercadorias supostamente endereçadas a ela, ressaltando que, como se vê no demonstrativo do autuante, são, inclusive, irrelevantes.

Quanto à infração 02, informa reconhecer e diz que fará o correspondente recolhimento dos valores cobrados.

Com relação à infração 03, salienta que não possui elementos probatórios que a possibilitem contestar a cobrança, pois isso só seria possível se tivesse livre acesso ao cadastro de todas as empresas com seu respectivo histórico, o que apenas o fisco possui acesso. Ao contribuinte só é permitido consultas públicas eventuais, e todos sabem que a condição de contribuinte ativo nestas consultas se limitam ao momento em que são realizadas. Ressalta que a autuada não recebeu qualquer documento que comprove a situação descrita pelo auditor.

Diz que, com base nesta situação fática, a autuada decide cautelarmente por recolher a o que está sendo cobrado na infração 03, mas apela para que seja julgada improcedente, quer por cerceamento do direito a ampla defesa, quer por se tratar de cobrança injusta uma vez que não deixou de recolher o ICMS sob sua responsabilidade.

Quanto à infração 04, reconhece parcialmente o valor autuado, ressalta que a fiscalização elenca notas fiscais com utilização indevida de crédito, entretanto, referente às notas fiscais de nºs 7906, 7907 e 7908, o crédito utilizado é devido, as mercadorias listadas no Anexo 01.02.06-B do Auto de Infração, das notas fiscais supracitadas, tratam-se de mercadorias tributadas normalmente na saída. O erro na citação do crédito indevido decorre do fato do Anexo I do Decreto nº 13.780/12, conter o NCM 4808.1, porém, para o enquadramento no Regime de Substituição Tributária é certo que deve conter no Anexo I do Regulamento do ICMS, a combinação NCM e descrição da mercadoria, fato que não se confirma, pois, o item de nº 27.26 com NCM 4808.1, trata-se de papel crepon, sendo, portanto, permitido o crédito sobre a aquisição da mercadoria nas notas mencionadas anteriormente.

Ao final, para sintetizar as razões de improcedência parcial da autuação, diz que é totalmente ilegal a infração 01, sendo a infração 02 reconhecida por sua irrelevância, com as ressalvas relacionadas à infração 03 e 04.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 289 e 290, em relação a infração 01 frisa que o contribuinte demonstrou na defesa que houve escrituração fiscal de parte dos documentos autuados, após fazer as devidas exclusões resultou no Anexo 01, fl. 291, e que teve seu valor reduzido.

Quanto à infração 02, ressalta que o autuado reconheceu o valor autuado.

Relativamente à infração 03, destaca que a defesa alega que não possui elementos que possibilitem contestar a imputação. Frisa que o Anexo apresentado consta a nota fiscal correspondente, e o contribuinte tem a informação cadastral do seu cliente.

No tocante à infração 04, salienta que a alegação do contribuinte não prospera, pois, o Anexo 1, ao tratar da informação que o NCM 4808.1, trata-se de papel crepon; não contradiz ao fato de que o contribuinte tenha utilizado o papel crepon na forma de rolo, micro ondulado, folha, nem tão pouco do mesmo utilizar na descrição nome fantasia, ou marca.

Como não foi reaberto o prazo para o contribuinte se manifestar, o PAF foi convertido em diligência, para que lhe fosse entregue, mediante recibo, cópia da informação fiscal e seus anexos, fls. 123 a 481, informando-lhe do prazo de 10 dias, para se manifestar.

Entretanto, o sujeito passivo silenciou.

A 2ª JF, na sessão do dia 30/03/2016, após análise e discussão em pauta suplementar, decidiu que o PAF deveria ser pautado para julgamento.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 04 (quatro) infrações.

Em sua defesa o autuado reconheceu a infração 02, logo entendo que a mesma restou caracterizada, pois não existe lide.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%, no valor histórico autuado R\$16.212,77.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que todas as notas fiscais estão regular e tempestivamente escrituradas conforme demonstrativo que elaborou, fls. 258 e 259, constando em que datas foram escrituradas.

Acolho o argumento defensivo em relação a parte das notas fiscais, uma vez que a empresa comprovou a escrituração desses documentos, fato reconhecido pelo autuante, quando da informação fiscal, tendo revisado o levantamento fiscal, acostado aos autos novo demonstrativo à folha 291.

Devo ressaltar que, diante da diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Contudo, apesar de restar caracterizada parcialmente a infração deste item (01 – 16.01.01), cumpre observar de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada conforme abaixo:

Data Ocorrência	Base Cálculo	Multa (%)	Valor Histórico
31/12/2009	6.782,69	1	67,86
30/04/2010	196,80	1	1,96
15/12/2010	1.975,69	1	19,75
30/09/2011	52,07	1	0,52
30/11/2011	457,89	1	4,57
TOTAL			94,66

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

Em sua defesa o sujeito passivo aduz não ter condições de apurar a situação dos seus clientes, entretanto, assevera que decide cautelarmente por recolher o que está sendo cobrado na infração 03, mas apela para que seja julgada improcedente, quer por cerceamento do direito a ampla defesa, quer por se tratar de cobrança injusta uma vez que não deixou de recolher o ICMS sob sua responsabilidade.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o

autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Ademais, entendo que o autuado ao declarar que irá recolher o valor autuado, reconheceu, expressamente, a infração imputada.

Logo, a infração 03 restou caracterizada.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária. Valor histórico autuado R\$616,93.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece parcialmente o valor autuado, ressalta que a fiscalização elenca notas fiscais com utilização indevida de crédito, entretanto, referente às notas fiscais de nºs 7906, 7907 e 7908, o crédito utilizado é devido, as mercadorias listadas no Anexo 01.02.06-B do Auto de Infração, das notas fiscais supracitadas, tratam-se de mercadorias tributadas normalmente na saída.

Entende que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que, apesar de constar o NCM 4808.1, observo nas descrições das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 7906, 7907 e 7908, acostadas às folhas 265, 267 e 269 dos autos, não tem semelhança com a prevista no Anexo I, do RICMS, posição 27.26, qual seja: Papel crepon. Para o enquadramento no Regime de Substituição Tributária é certo que deve conter no Anexo I do Regulamento do ICMS, a combinação NCM e descrição da mercadoria, fato que não se confirma na presente lide. Assim, não estando comprovado que a mercadoria objeto dos documentos fiscais citados não estão enquadrados no Regime de Substituição Tributária, é lícito o crédito sobre a aquisição respectivas.

Logo, a infração 04 restou parcial caracterizada, com as exclusões das Notas Fiscais nºs 7.906, 7.907 e 7.908, do demonstrativo acostado à folha 23 dos autos, conforme abaixo.

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
30/09/2009	3,25
31/10/2009	354,26
TOTAL	357,51

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	94,66
2	PROCEDENTE	296,52
3	PROCEDENTE	3.761,04
4	PROCEDENTE EM PARTE	357,51
TOTAL		4.509,73

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206907.0021/13-7**, lavrado contra **BAHIA DISTRIBUIDOR DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 4.415,07**, acrescido da multa de 60%, prevista

no art. 42, II, “a”, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$94,66**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR