

A. I. Nº - 269189.1512/15-5
AUTUADA - TORMAQ RAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0098-06/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O impugnante contesta o lançamento mediante transcrição de dados da arrecadação, de que efetuou diversos recolhimentos antecipados referente as operações de saída de mercadorias interestaduais, utilizando códigos de recolhimentos diversos, notadamente de operações de venda interestadual da produção, conforme demonstrado no quadro apontado na defesa, contudo sem qualquer correlação com os lançamentos efetuados. Infração 1 procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Infração 2 reconhecida. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 6 reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL PARA ATIVO FIXO. Infração 3 reconhecida. **b)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O impugnante logrou comprovar que algumas aquisições foram embalagens para a venda de sua produção, o que faz jus ao crédito. Infração 7 procedente em parte. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. Por insegurança jurídica, acolho a exclusão da multa quanto à Nota Fiscal nº 674, ficando a infração mantida quanto às demais notas fiscais. Infração 4 procedente em parte. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Embora não tenha sido abordada na defesa, de ofício reduzo a infração 5 para 1% do valor da base de cálculo, por conta da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que a partir de 11/12/2015 alterou a multa de 10% para 1%. Infração 5 reconhecida. Auto de Infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo administrativo consta de lançamento tributário no auto de infração em epígrafe, decorrente de 7 infrações à legislação do ICMS, que totalizam R\$62.496,58, nos termos abaixo discriminados:

1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no total de R\$43.019,39, acrescido de multa de 60%.

2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, sendo lançado o imposto no valor total de R\$7.059,07, acrescido da multa de 60%.

3 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor total de R\$596,47, acrescido de multa de 60%.

4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal sendo lançado multa no valor total de R\$708,04.

5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal sendo lançado multa no valor total de R\$160,09.

6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$1.088,46, acrescido de multa de 60%.

7 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$9.865,06, acrescido de multa de 60%.

A defesa foi apresentada às fls. 46/55, e a impugnante entende que em relação as infrações 1, 4 e 7 da atuação fiscal não merece prosperar pela impossibilidade de exigência de multa por falta de recolhimento tempestivo de ICMS declarado em Livro de Registro de Apuração de ICMS do mês 07/2010 por conta de não serem considerados os recolhimentos antecipados efetuados pela impugnante durante o referido mês.

Alega ainda impossibilidade de exigência do ICMS com base em presunção legal da impugnante ter deixado de registrado na escrita fiscal a entrada de mercadoria não tributável, por conta da operação citada pelo auditor ter sido utilizada pelo emitente da nota fiscal para anular erro de emissão de documento fiscal anterior, de forma que a operação não existiu de fato para o impugnante; impossibilidade de exigência do ICMS incidente sobre diferencial de alíquota internas e interestadual, quando da aquisição de mercadorias com presunção da destinação para uso e consumo em detrimento ao uso real como embalagem para o produto final produzido pelo impugnante, quando não destinada a aplicação no processo produtivo o valor do diferencial fora apurado e incluso na apuração do imposto, ou quando o auditor tomou como base para apuração do diferencial de alíquota boletos financeiros e não documentos fiscais escriturados nos livros. Estes são os fatos e fundamentos que sustentam a improcedência do lançamento, os quais serão, a seguir, minuciosamente analisados.

Que em relação à infração 01 do lançamento, a fiscalização, após levantamento fiscal realizado, considerou que o imposto apurado e lançado nos livros fiscais próprios não foram recolhidos tempestivamente. No que tange aos prazos para recolhimento do imposto o regulamento do ICMS do estado da Bahia Decreto nº 6.284 de 14 de Março de 1997 determina o seguinte:

Art. 124. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores:

a) pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto;

Aduz que efetuou diversos recolhimentos antecipados referente as operações de saída de mercadorias interestaduais, ainda que utilizando códigos de recolhimentos diversos, mas referente a operações de venda interestadual da produção, conforme demonstrado no quadro apontado na defesa, extraído do histórico de pagamentos no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia:

Que dessa maneira o auditor em sua análise não considerou os recolhimentos antecipados efetuados pelo impugnante, conclui-se, portanto que a obrigação de recolhimento do imposto já

havia sido cumprida pelo contribuinte, não procedendo a alegação do auditor na referida infração no que se refere ao mês de julho de 2010.

Em relação à infração 4, a fiscalização, após levantamento fiscal realizado, considerou que o contribuinte deixou de lançar nos registros fiscais de sua escrituração nota fiscal de entrada de mercadorias. Que a fiscalização considerou erroneamente que a Nota Fiscal eletrônica de nº 000.000.674 emitida em 26/09/2014 pela empresa MARCON VEICULOS LTDA., chave: 42140979312054000142550010000006741000006749 deixou de ser registrado pelo impugnante, porem o referido documentos fiscal foi emitido com a natureza de operação de DEVOLUÇÃO DE COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO pela citada empresa para corrigir a emissão errada de outra Nota Fiscal de entrada de nº 000.000.632 referente a COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO.

Que apesar de ser uma operação de saída do emitente do documento fiscal, tal documento não poderia ter sido registrado na escrituração do destinatário por se tratar de uma operação para correção de um erro de emissão anterior do remetente, não existindo qualquer relação entre a empresa emissora da nota fiscal e o destinatário (impugnante) proveniente do documento acima citado e, portanto o impugnante não cometeu nenhuma infração ao deixar de registrar o documento fiscal em sua escrituração.

Em relação à infração 07 do lançamento, a fiscalização, após levantamento fiscal realizado, considerou que o contribuinte deixou de recolher o valor do diferencial de alíquotas de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo. Após analise das alegações da fiscalização foi possível observar que algumas mercadorias não foram destinadas a uso e consumo do estabelecimento e sim foram adquiridas para serem usadas como embalagem definitiva para comercialização dos produtos fabricados pelo impugnante; em outras situações os valores de diferencial de alíquotas já haviam sido devidamente calculados e lançados a debito na apuração do imposto e por fim alguns documentos considerados pelo auditor para apuração do valor do diferencial de alíquotas se tratavam de boletos bancários que estavam junto a documentação apresentada pelo impugnante em resposta a intimação da fiscalização.

No que tange a compra de embalagens o regulamento do ICMS do estado da Bahia decreto nº 6.284 de 14 de Março de 1997 determina o seguinte:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:
a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;
b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

Assim sendo os produtos adquiridos através das Notas fiscais eletrônicas relacionadas, são sacarias utilizadas para embalar os produtos fabricados pelo impugnante necessários a comercialização de tais produtos, impugnando assim a tese da fiscalização que tais produtos foram destinados a uso e consumo.

Que em relação as aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento citadas pela fiscalização em levantamento fiscal de Goiás e São Paulo, relacionadas na defesa, o diferencial de alíquotas fora devidamente calculado e registrado conforme paginas 68 e 69 do livro de registro de entradas do mês de novembro de 2011 e lançados a debito no livro de registro de apuração de ICMS do citado mês (vide pagina 23 do livro de apuração) e portanto a obrigação fiscal fora devidamente cumprida.

Finalmente em relação as aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento citadas pela fiscalização em levantamento fiscal nas Notas Fiscais nºs 1663 e 16602, com DIFAL de 791,67, nestas operações a fiscalização tomou como base para o levantamento boletos financeiros que estavam arquivados juntos aos documentos fiscais apresentados pelo impugnante, porem os pagamentos não se referem a aquisição de material de uso e consumo e

sim a adiantamento pago a fornecedor para futura aquisição de maquinário, sendo incabível a presunção de que tais pagamentos eram referentes a compra de material de uso apenas por estarem arquivados junto a documentação apresentada em resposta a intimação fiscal.

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a notificada, na exata forma processual administrativa, requer seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa, sendo processada pelo órgão competente, seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE das notificações, solicitando a sua improcedência e consequente baixa, por ser um ato de justiça fiscal.

A informação fiscal fls. 59/60, aduz que houve apenas a simples negativa do cometimento da infração e recusa em comprovar fato controverso sem apresentação das provas que eventualmente dispunha e opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O impugnante reconhece expressamente a procedência relação as infrações 2, 3, 5 e 6 e contesta as demais, 1, 4 e 7, que assim restam como parte integrante da lide tributária.

Na infração 1, o impugnante contesta o lançamento mediante transcrição de dados da arrecadação, de que efetuou diversos recolhimentos antecipados referente as operações de saída de mercadorias interestaduais, utilizando códigos de recolhimentos diversos, notadamente de operações de venda interestadual da produção, conforme demonstrado no quadro apontado na defesa, contudo sem qualquer correlação com os lançamentos efetuados, apenas com pagamentos de ICMS PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA (cód. Receita nº 1307) e ICMS REGIME NORMAL INDÚSTRIA (cód. receita nº 806) e mês de julho. No entanto, os pagamentos de ICMS NORMAL pagos em julho se reportam a apurações do mês anterior (junho) que não teve lançamentos de imposto, e os pagamentos de produtor rural não tem qualquer relação com a apuração do ICMS NORMAL, além dos pagamentos de produtor rural, que não possuem qualquer vínculo com o imposto lançado, que diz respeito ao mês de julho/2007 com vencimento em agosto de 2007, e assim se configura provado o recolhimento relativo ao imposto normal lançado, conforme se depreende das provas apresentadas - resumo apuração do imposto fls. 23/35, além do que, e o impugnante não trouxe qualquer comprovação de pagamento relativo aos valores do lançamento em julho de 2007, que é de R\$180,48. Infração 1 procedente.

Na infração 04, no demonstrativo de fl. 11, há o demonstrativo com 6 notas fiscais não registradas. O impugnante contesta apenas uma delas, a Nota Fiscal de nº 674, de 70.000 reais e confessa que deixou de ser registrada, embora ache justificável. Alega que o referido documento fiscal foi emitido com a natureza de operação de devolução de compra da MARCON VEÍCULOS, para corrigir a emissão errada de outra nota fiscal de entrada. Aduz que tal documento não poderia ter sido registrado na sua escrituração por se tratar de uma operação para correção de um erro de emissão anterior do remetente, não existindo qualquer relação entre a empresa emissora da nota fiscal e o destinatário (impugnante), e que, portanto não cometeu nenhuma infração ao deixar de registrar o documento fiscal em sua escrituração.

O autuante em sua informação fiscal não se pronunciou a respeito dos fatos alegados, sob o argumento de que houve simples negativa do cometimento da infração. No entanto, este Julgador, ao consultar a NF-e, observou tratar-se mesmo de devolução de compra de um reboque MARCA: R/RANDON, MODELO: SR BA, CHASSI: 9ADB081399M291349, RENAVAM: 153344466, PLACA: JSK6116, COR PREDOMINANTE: BRANCA, ANO FAB: 2009, ANO: MODELO: 2009 3 EIXO e no campo de observações consta: “*nota fiscal de devolução referente a NF-E Entrada nº 632*”. O autuado é uma empresa que fabrica rações e não reboques para automóveis, além do que o ano indicado é de um reboque ano 2009 e a operação é do ano de 2014. É perfeitamente possível que se trate de devolução equivocada de um reboque adquirido a uma outra empresa. No entanto, é certo que a impugnante poderia ter vendido um item do seu ativo, com posterior devolução, o que a obrigaria ao registro da operação não tributada, e a infração estaria configurada.

Devemos ponderar que, quando de um lançamento tributário, cabe ao autuante executar os roteiros de auditoria, investigando a situação detalhadamente, inclusive questionar o contribuinte para os devidos esclarecimentos em situações nebulosas, para que se obtenha a certeza do cometimento da infração, e neste caso, era pertinente investigar o tipo de operação de devolução, quando poderia então se certificar da existência de nota fiscal de saída do contribuinte fiscalizado, no caso, o teor de eventual Nota Fiscal de nº 632, que este julgador não tem condição de visualizar, e se for o caso, se realmente diz respeito a um reboque vendido e devolvido ao impugnante.

Ainda que por um lapso, o autuante não tenha se cercado de certeza da infração cometida, na informação fiscal poderia ter efetuado a confirmação, tomando as necessárias providências para examinar a nota fiscal supracitada, mas não o fez. Ora, o ônus probatório do lançamento inicialmente cabe ao fisco, que deve se certificar e investigar com afinco as operações suspeitas de infrações, e não atribuir ao impugnante o ônus probatório em contrário, sem nem mesmo trazer ao processo uma demonstração bem fundamentada da infração; no caso, se o contribuinte deixou de registrar uma devolução de uma mercadoria da qual sequer é fabricante (um reboque ano 2009), seria necessário a prova de que tal item foi enviado anteriormente (Nota Fiscal nº 632).

É certo que uma diligência poderia apurar o conteúdo da supracitada nota fiscal de saída. No entanto, entendo que deva ser aplicado aqui o princípio da insignificância (valor de 700 reais). É que com observância dos princípios da celeridade e da eficiência do processo, não justifica pedir diligência à Infaz de origem para diligência vez que existem altos valores elevados na primeira infração a serem reclamados pela fazenda pública, devendo a Administração, ao tomar conhecimento deste julgamento adotar as devidas providências no sentido de averiguar o que aqui foi exposto e se for o caso, efetuar novo lançamento. Assim, por insegurança jurídica, acolho a exclusão da multa quando à Nota Fiscal nº 674, ficando a infração nos termos do demonstrativo abaixo indicado. Infração 4 procedente em parte.

INFRAÇÃO 04	
DATA	VALOR
31/10/2014	7,48
31/12/2014	0,56
TOTAL	8,04

Na infração 07, mais uma vez devo discordar do autuante na sua informação fiscal quando diz que o impugnante não trouxe provas. Assim como na infração 4, o impugnante trouxe as chaves das notas fiscais, o que dispensa a apresentação no processo das referidas notas, bastando para tal, uma simples consulta. Além disso, no próprio lançamento o autuante colocou o texto padrão do auto de infração sem fazer quaisquer referências ao tipo de mercadoria que considerou como sendo uso e consumo.

As Notas Fiscais nºs 3794, 3861, 3944 e 4070 são mesmo aquisições de sacos plásticos resultando na procedência das alegações da defesa. Em relação às Notas Fiscais nºs 1055, 2183 e 2184 argumenta haver lançado em seu livro de entradas e lançado a débito no livro de apuração e pago o valor devido, sem contudo trazer cópias dos documentos apontas, nem o comprovante desse pagamento. Quanto às Notas Fiscais nºs 1663 e 16602 não traz qualquer argumento consistente, visto que as notas fiscais existem e não houve a comprovação do pagamento nem comprovação de que não se trata de material de uso e consumo. O impugnante logrou comprovar que algumas aquisições foram embalagens para a venda de sua produção, o que faz jus ao crédito. Assim, fica reduzida para R\$5.433,85, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 07	
DATA	VALOR
30/11/2011	3.654,52
31/01/2012	28,00
30/04/2012	1.751,33
TOTAL	5.433,85

Embora não tenha sido abordada na defesa, de ofício reduzo a infração 5 para 1% do valor da base de cálculo, por conta da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que a partir de 11/12/2015 alterou a multa de 10% para 1%, ficando assim a infração 5:

INFRAÇÃO 05	
DATA	VALOR
31/10/2014	2,37
31/12/2014	13,64
TOTAL	16,01

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

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 **269189.1512/15-5**, lavrado contra **TORMAQ RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.197,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$24,05**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/09.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA