

A. I. Nº - 269187.0004/14-2
AUTUADO - BIC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - ME
AUTUANTE - OSMANI PRATES SILVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06/07/2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. No mérito, item não impugnado. Infração mantida. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. Acusação mantida. Item subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. IMPOSTO PAGO A MENOS. Não ficou comprovado que ocorreu o pagamento integral do imposto nas operações posteriores às aquisições objeto da autuação. Cabível, neste caso, a exigência da parcela do imposto que deixou de ser pago. Infração mantida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. O autuado, à época do período abrangido pela fiscalização, apesar de inscrito como microempresa, apurava o imposto na condição de contribuinte normal, através da conta corrente fiscal. Contribuinte já se encontrava descredenciado do regime do Simples Nacional. Infração mantida. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. a) FALTA DE ENTREGA NO PRAZO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. MULTA. Acusação insubsistente. A data do prazo para entrega do arquivo só se verificou após a data da lavratura do Auto de Infração. Acusação insubsistente. b) FALTA DE ENTREGA QUANDO EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Correta a autuação. Foram observados os requisitos previstos pela legislação pertinente. Item mantido. Afastadas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 31/07/2014, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$123.926,15 em decorrência dos seguintes fatos:

1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$589,44 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.

2 – Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is) quando regularmente intimado. Não apresentou os livros Registros de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS e de Inventário. Aplicadas penalidades no total de R\$1.380,00, previstas pelo Art. 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96.

3 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial no total de R\$4.931,02, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Consta que a infração refere-se às aquisições de mercadorias através das NF-e e indicadas no Anexo 02. Dos valores mensais devidos calculados no Anexo 02 foram abatidos os valores recolhidos mensalmente a título de antecipação parcial conforme demonstrativo no Anexo 03. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.

4 – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$3.000,00 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento. A aquisição relativa a qual não foi recolhida a diferença de alíquota está indicada no Anexo 04.

5 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado através do programa Transferência Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo. Aplicada penalidade no valor de R\$1.380,00, prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

6 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas. A multa de 1% foi aplicada sobre o valor das entradas. O valor das entradas em cada período foi calculado com base nas notas fiscais eletrônicas indicadas no Anexo 05. Demonstrativo com resumo da base de cálculo mensal está apresentado no Anexo 06. Consta que o Anexo 05 possui 880 páginas, razão pela qual foram impressas apenas as primeiras e últimas folhas de cada período mensal. O Anexo 05 completo está contido no CD anexado ao Auto de Infração. Aplicada penalidade no valor de R\$112.645,69, prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 114 a 116, onde em preliminar alega que o autuante não juntou ao Auto de Infração todos os elementos descritos no art. 28, § 4º e art. 41, ambos do RPAF, e que, a intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, não traz os elementos contidos no art. 41 do RPAF. Considera que tais circunstâncias impedem a análise dos fatos descritos, em especial a infração 06.

Adentra ao mérito, reportando-se a infração 04, observando que segundo o disposto no inciso V do art. 7º do RICMS vigente à época (2011), não é devido o pagamento da diferença de alíquotas por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99. Clama pela improcedência da infração 04.

No que toca a infração 03, pontua que o autuante deixou de aplicar o disposto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 352-A, quando da apuração do valor devido, razão pela qual requer diligência saneadora, observando ainda que havendo ainda crédito tributário lançado, deverá ser observada a regra contida no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ou seja, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto a infração 05 cita que o autuante não faz prova da referida omissão, sendo, portanto, nula.

Já em relação a infração 06, alega que o autuante também não faz prova da referida infração, pois não juntou a intimação e relatório de omissão de entrega. Cita, também, que não foi apurado o valor do crédito tributário conforme determina a legislação, pois o autuante utilizou o

critério de apurar o valor das entradas com base nas notas fiscais eletrônicas indicadas no Anexo 05. Porém, esse não é o critério previsto na legislação.

Neste contexto, pontua que além do cerceamento de direito de defesa, a infração 06 também é nula por falta de prova da alegação e por não ser possível determinar o montante do débito tributário (art. 18, § 1º do RPAF).

Por fim, reporta-se a infração 02, ao argumento de que o autuante não faz prova da omissão, sendo a mesma nula.

Em conclusão, requer:

- a) análise e acatamento do quanto exposto em sede de preliminar;
- b) superado o exposto em preliminar, diligência saneadora para os fatos arguidos;
- c) a improcedência da infração 04;
- d) nulidade das infrações 02, 05 e 06.
- e) seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF.

Auditor Fiscal designado, prestou informação fiscal, fls. 121 a 125, destacando, de início, que o autuante anexou todos os elementos probantes ao Auto de Infração, conforme pode ser verificado no processo, estando presentes as peças de intimação ao sujeito passivo, fls. 86 a 94 e os demonstrativos de cálculos das infrações, fls. 10 a 85.

Reportando-se a infração 04, sustenta que não é procedente o argumento do Autuado, uma vez que ele foi excluído do Simples Nacional em 31/12/2009, como consta no cadastro da SEFAZ (fl. 97). Desta forma, observa que conforme o art. 387 do RICMS/BA (abaixo), ele está sujeito às normas de tributação que são aplicadas aos contribuintes com regime normal de tributação

***Art. 387.** As microempresas e empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta.*

Naquilo que diz respeito a infração 03, também afirma que não procedem os argumentos do autuado, pelo fato de ele ter sido excluído do Simples Nacional em 31/12/2009, como já mencionado no item anterior.

Já em relação a infração 05, cita que o autuante aplicou corretamente a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, alínea "j" da Lei 7.014/96, tendo sido observada a falta de entrega dos arquivos eletrônicos em diversos meses do período fiscalizado.

No que pertine a infração 06 menciona que o autuante juntou ao processo as intimações solicitando a entrega dos referidos arquivos magnéticos, fls. 90 e 92, onde constam as assinaturas do sócio da empresa à época, Sr. Inácio Brandão Leite., acrescentando que também foram intimados os atuais sócios Sr. Josemarcio Almeida Souza (fl. 87) e Sra. Andrelandia Figueiredo Souza (fl. 86), tendo sido ainda, a empresa, intimada por edital publicado no Diário Oficial (fl. 94).

Quanto ao relatório de omissão de entrega, diz que segue impresso junto a presente informação, atestando a omissão causadora da infração.

No tocante à apuração o valor do crédito tributário, o autuante aplicou corretamente a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, alínea "j" da Lei 7.014/96, tendo sido observada a falta de entrega dos arquivos eletrônicos em diversos meses do período fiscalizado.

Art. 42, XIII-A:

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços

efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Desta maneira, cita que atendendo ao disposto na legislação acima, o autuante aplicou a multa de 1% sobre o valor das entradas com base nas notas fiscais eletrônicas relacionadas em seu Anexo 05.

Por fim, quanto a infração 02, ressalta que o autuante anexou todos os elementos probantes ao Auto de Infração, conforme pode ser verificado no processo, estando presentes as peças de intimação ao sujeito passivo, nas fls. 86 a 94.

Foram efetuadas intimações ao autuado, sendo uma delas recebidas pelo sócio Sr. Inácio Brandão Leite, fls. 130 a 135, não havendo manifestação defensiva.

De acordo com o despacho à fl. 138, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

A infração 06 refere-se a penalidade por falta de apresentação de arquivo magnético, exigido mediante intimação, (fl. 90).

O autuado, em sua defesa, requereu a nulidade da infração ao argumento de que o autuante não faz prova da referida infração, pois não junta a intimação e o relatório de omissão de entrega.

Na informação fiscal, o auditor que a subscreveu diz que "o relatório de omissão de entrega segue impresso junto a esta informação, atestando a omissão causadora da infração", fazendo juntada às fls. 124 e 125, das páginas 8/9 e 9/9 do referido relatório.

Considerando que só no momento da informação fiscal é que esses relatórios foram trazidos parcialmente aos autos, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à INFRAZ de origem no sentido de que o autuante ou o preposto que prestou a informação fiscal, faça juntada aos autos do relatório de omissão completo e, em seguida, providencie a entrega de cópia dos mesmos ao autuado bem como à sócia da autuada que subscreveu a Impugnação, reabrindo-se o prazo de defesa.

Após o atendimento desta solicitação, os autos devem retornar ao CONSEF para prosseguimento da sua instrução e posterior julgamento.

Em cumprimento ao solicitado, auditor fiscal estranho ao feito, informou à fl. 141 que segue impresso o relatório completo de omissão de entrega, ressaltando que na informação fiscal anterior havia sido impresso apenas as folhas 8/9 e 9/9 por serem estas referentes aos períodos fiscalizados, sendo que as folhas anteriores 1/9 a 7/9 referem-se a períodos anteriores àqueles fiscalizados. Entretanto, em face ao solicitado, segue o relatório em sua integralidade.

Foram expedidas intimações ao autuado, fls. 153 a 158, reabrindo-se o prazo de defesa para 60 (sessenta) dias, sendo uma das intimações recebidas pelo mesmo sócio acima mencionado, entretanto não houve manifestação por parte do mesmo.

VOTO

O autuado suscitou inicialmente a nulidade do Auto de Infração aos argumentos de que não foram juntados todos os elementos descritos nos Arts. 28, § 4º e 41, ambos do RPAF, aduzindo, ainda, que a intimação ao sujeito passivo, acerca da lavratura do Auto de Infração, não traz os elementos previstos pelo citado Art. 41. Com isso, pontuou que estes fatos o impediram de efetuar uma análise dos fatos descritos, em especial a infração 06.

O § 4º do Art. 28 menciona que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos seguintes elementos:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Por sua vez o Art. 41, também do RPAF/BA, assim se expressa:

Art. 41. *O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüído.

Parágrafo único. *O Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração poderão constituir um instrumento único, nos termos do art. 30.*

Já o acima mencionado Art. 30 reza o seguinte:

Art. 30. *Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o autuante consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado.*

Analisando os argumentos defensivos, à luz nas normas regulamentares acima descritas, vejo que não assiste razão ao autuado. Isto porque, o procedimento fiscal foi iniciado corretamente, ou seja, foi precedido de intimação, por escrito, ao seu responsável para exibição dos documentos necessários à fiscalização (art. 26, III do RPAF/BA).

Também foram entregues a sócia da empresa autuada, Sr. Andrelândia Figueiredo de Souza, a mesma que subscreveu a defesa, cópia do Auto de Infração, Termo de Encerramento, demonstrativo do débito, e de todos os demonstrativos apurados pela fiscalização, conforme se comprova através da intimação de fl. 110 e do Aviso de Recebimento, fl. 111, assinado pela referida sócia.

Por outro lado, levando-se em consideração o pleito do autuado para que fosse aplicada a norma contida no § 1º, art. 18 do RPAF/BA, este pedido foi plenamente atendido na medida em que o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, em relação a infração 06, *no sentido de que o autuante ou o preposto que prestou a informação fiscal, faça junta aos autos do relatório de omissão completo e, em seguida, providencie a entrega de cópia dos mesmos ao autuado bem como à sócia da autuada que subscreveu a Impugnação, reabrindo-se o prazo de defesa.*

Este procedimento foi cumprido e apesar do autuado ter sido cientificado do resultado da diligência e da reabertura do prazo de defesa, não voltou a se pronunciar nos autos.

De maneira que não subsistem os argumentos defensivos pois foram atendidos pelo autuante todos os requisitos estabelecidos pelo RPAF/BA, especialmente aqueles listados no Art. 39 do citado regulamento. Portanto, desta maneira, não acolho os pedidos de nulidade do Auto de Infração e, em especial da Infração 06.

Adentrando ao mérito seguirei a mesma ordem apresentada pela defesa, destacando, de início, que não houve impugnação da infração 01, a qual fica mantida. Assim é que, no que diz respeito a infração 04, a autuada, nos exercícios autuados, 2011 e 2012, apesar de estar inscrita como microempresa, já havia sido excluída do regime do Simples Nacional desde 31/12/2009, fls. 97 e 98, cuja modalidade de apuração do imposto, no período autuado se dava através do sistema de conta corrente fiscal, os quais se encontravam submetidos os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, conforme se depreende do Art. 357 do RICMS/BA então vigente.

Como inexistem argumentos concernentes a apuração do imposto propriamente dito, enquanto que o valor apurado está demonstrado do Anexo 04 do Auto de Infração, mantenho subsistente a exigência do imposto da infração 04 no valor de R\$3.000,00 a título de diferença de alíquota.

Com referência a infração 03, no valor de R\$4.931,02 que recaiu sobre a exigência decorrente de pagamento a menos do imposto a título de antecipação parcial, o argumento defensivo é no

sentido de que sendo recolhido comprovadamente o pagamento do imposto nas operações de saídas posteriores (§ 1º, Art. 42, da Lei nº 7.014/96), é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se apenas a penalidade prevista pelo inciso II "d", art. 42 da citada lei.

Ocorre que, no presente caso, nem o autuante comprovou que houve de forma inequívoca o pagamento do imposto nas operações subsequentes pelas aquisições listas nos Anexos 02 e 03 do Auto de Infração, tampouco o autuado apresentou qualquer prova nesse sentido. De maneira que não vejo como atender ao pleito do autuado e, em consequência, mantenho a subsistência da infração 03.

No que se relaciona a infração 05 o autuado alega que o autuante não faz prova do cometimento da infração, que trata de falta de entrega de arquivo magnético, referente ao mês de julho/2014, sendo por isso aplicada penalidade no valor de R\$1.380,00.

Vejo que, neste aspecto assiste razão ao autuado. Isto se confirma porque o Auto de Infração foi lavrado em 31/07/14 e a acusação é de que não houve a entrega do arquivo magnético do mês de julho/2014, cuja obrigação ocorreria em 04/08/14.

Ora, houve uma clara antecipação dos fatos pelo autuante, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado antes de esgotado o prazo previsto para entrega do referido arquivo, descabendo, desta maneira, a penalidade aplicada. Infração 05 improcedente.

Quanto a infração 06 que trata da falta de apresentação de arquivos magnéticos, quando regularmente intimado, a primeira alegação defensiva é no sentido de que não foi juntado aos autos pelo autuante a intimação e o relatório de omissão de entrega dos arquivos magnéticos.

Não assiste razão ao autuado. Isto porque, consta às fls. 90 e 92 dos autos, duas intimações para apresentação de informações em meio magnético, ambas assinadas em 04/04/14 pelo sócio da empresa autuada Sr. Ignácio Brandão Leite, situação esta que afasta o argumento defensivo.

Quanto a forma de apuração do valor da base de cálculo para fim de aplicação da penalidade, o autuante considerou como parâmetro o valor constante nas notas fiscais eletrônicas indicadas no Anexo 05 e foi apurado na forma constata do Anexo 06. Portanto, foi respeitada a regra insculpada pelo Art. 42, XIII-A "j" da Lei nº 7.014/96 que estabelece que a multa de 1% deve ser aplicada sobre o valor das entradas ou das saídas, o que for maior. Neste caso, o autuante tomou como parâmetro o valor das entradas, constantes das notas fiscais eletrônicas que indicou, portanto atendeu a norma legal. Não se pode perder de vista, que o autuado se encontrava, à época da fiscalização, na situação cadastral de "inapto" e não apresentou os livros e documentos fiscais solicitados através das intimações.

Aliás, caberia, neste caso, ao autuado demonstrar documentalmente qualquer eventual inconsistência no levantamento fiscal, o que não ocorreu. De maneira que indefiro a solicitação de diligência formulada pelo autuado ante a total ausência de motivação para tal fim.

Mantenho a penalidade no valor de R\$112.645,69 concernente a infração 06.

Por fim, quanto a infração 02, o autuado não apresentou a prova da infração que lhe foi atribuída. As penalidades foram aplicadas em função da não apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado.

De fato, houve duas intimações ao autuado para apresentação de livros e documentos fiscais: a primeira, em 08/04/14, recebida pelo sócio da empresa, fl. 91 e a segunda através de edital publicado no Diário Oficial, fl. 94. Desta forma entendo ser perfeitamente cabível as penalidades aplicadas e julgo subsistente a infração 02 no valor de R\$1.380,00.

Em conclusão voto pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração no valor de R\$122.265,69, sendo julgadas procedentes as infrações 01, 02, 03, 04 e 06, e improcedente a infração 05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269187.0004/14-2** lavrado contra **BIC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.520,46** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos II "d" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$114.025,69** previstas pelo art. 42, incisos XX e XIII-A, alínea "j" da mesma lei e artigo citados, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pelo Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BAOBOSA - JULGADORA