

A. I. N° - 281231.0003/14-3  
AUTUADO - MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ  
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO  
ORIGEM - INFAZ ITABUNA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.08.2016

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0133-01/16**

**EMENTA: ICMS.** 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que foi incluído no levantamento fiscal mercadorias tributadas normalmente e isentas não restou comprovada. Infração procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Argumentos apresentados pelo sujeito passivo insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infrações procedentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVOS ENTREGUES NO PRAZO REGULAMENTAR. INCONSISTÊNCIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Documentos anexados aos autos comprovam que o contribuinte não atendeu a intimação regular para entrega, no prazo de 5 (cinco) dias, dos arquivos inconsistentes. Infração caracterizada. 5. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A entrada de mercadorias ou bens não registrados enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Restou comprovado inclusão indevida de notas fiscais que acobertam operações de remessa/retorno de mercadorias para conserto. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 26/09/2014, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$230.872,71, e acréscimos correspondentes, tendo em vista a apuração dos seguintes fatos:

- 1- 07.01.01. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de maio e dezembro de 2013. ICMS no valor de R\$7.145,35 e multa de 60%.
- 2- 07.01.02- Recolhimento a menor do ICMS imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a abril, junho a agosto e dezembro de 2011, janeiro, março, maio a agosto e novembro a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013. ICMS no valor de R\$88.361,24 e multa de 60%.
- 3- 07.15.01 Falta de recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias pro, nos meses de janeiro e junho de 2011. Janeiro e julho de 2012, abril a junho, agosto a outubro de 2013. ICMS no valor de R\$14.893,96 e multa de 60%;
- 4- 07.15.02 – Recolhimento a menor do ICMS recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro, maio, setembro a dezembro de 2011, março, junho, novembro e novembro de 2012, fevereiro, março e julho de 2013. ICMS no valor de R\$12.204,29 e multa de 60%;
- 5- 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de setembro e outubro de 2013. ICMS no valor de R\$4.100,00 acrescido da multa de 60%.
- 6- 16.12.24 - Forneceu arquivos magnéticos, mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, nos meses de janeiro de 2011 a novembro de 2013, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Valor total de R\$88.017,25;
- 7- 05.05.01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, maio a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013. ICMS no valor de R\$16.150,58 e multa de 100%;

Em 29/10/2014 foi lavrado o Termo de Revelia, fl. 305, em razão de ter transcorrido o prazo de 30 dias, a partir da data da ciência, e não foi apresentada defesa e nem efetuado o pagamento do débito tributário.

Em 19 de janeiro de 2015 o contribuinte ingressou com o pedido de desarquivamento de defesa, fl. 323, e após análise dos seus argumentos, o Presidente deste Conselho decidiu pelo seu Conhecimento e Provimento.

Às fls. 337/342 foi anexada a defesa, onde o advogado legalmente habilitado após transcrever as infrações, diz reconhecer a infração 01 e 05, e informa que será objeto de parcelamento.

Afirma não ser devido o valor exigido na infração 02 pois os mesmos já foram recolhidos, conforme demonstrado na planilha que elaborou. Esclarece que os mesmos foram pagos no regime de antecipação parcial, por se tratar de mercadorias tributadas normalmente. Cita como exemplo o suco de frutas e suplementos alimentares, assim como aquisição de preservativos, mercadoria isenta

do ICMS conforme Convênio ICMS 116/98. Também foram exigidos valores referentes a operações que tiveram o ICMS retido na própria nota fiscal e recolhidos conforme guias de DAES em anexo.

Na infração 03 também não é devida. Explica que todos os DAEs foram recolhidos e a diferença foi proveniente do fato da fiscalização ter considerado a data de emissão do documento e não a entrada da mercadoria no estabelecimento. Reconhece como devido o valor de R\$882,95.

No que diz respeito a infração 04 afirma também não ser devida pois o valor do ICMS antecipação parcial foi recolhido considerando o desconto de 20% a que faz juz por ter recolhido dentro do prazo.

Quanto a infração 06 afirma que a empresa não forneceu informações nos arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária com dados divergentes dos documentos fiscais, tendo em vista que os dados informados nos arquivos coincidem com os livros fiscais de entradas e saídas.

Finalmente em relação a infração 07 entende que não pode ser exigido ICMS com alíquota de 17% sobre operações de remessa e/ou retorno de mercadorias para conserto e operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária conforme demonstrativo de notas fiscais que indicou a título de exemplo.

Conclui ser indevido o imposto exigido nesta infração tendo em vista que as notas fiscais emitidas foram de operação de retorno de conserto, que não incide ICMS e aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária cuja fase de tributação encontra-se encerrada.

Finaliza requerendo que as decisões sejam encaminhadas ao endereço da autuada, reconhecimento dos equívocos dos lançamentos indicados e a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante , ao prestar a informação fiscal, fls. 359 a 363 inicialmente ressalta que a infração 01 foi reconhecida pela autuada. Na infração 02 diz que apesar do contribuinte alegar não ser devido o ICMS não anexou nenhuma nota fiscal ou mesmo DAE comprovando o pagamento. No entanto, em obediência ao princípio da verdade material registra que foram detestadas notas fiscais de aquisições com destaque de ICMS devido por substituição tributária, porém sem a devida informação da inscrição do remetente neste estado como substituto tributário. Neste caso o ICMS deveria ser recolhido através de GNRE, o que de fato não aconteceu. Por esta razão intimou o contribuinte para apresentar os devidos comprovantes e o mesmo não apresentou naquela oportunidade anterior a lavratura do Auto de Infração.

No que diz respeito a isenção da mercadoria-preservativos- esclarece que se trata de isenção condicionada ao repasse do benefício, através da redução do no preço da mercadoria, conforme previsto no parágrafo 1º, da clausula primeira e no RICMS então vigente . Diz que esta condição não se implementou pois nos documentos fiscais que indicou não há nenhuma informação a respeito.

Quanto ao suco diz não haver nenhuma nota fiscal nesta condição. Em relação ao suplemento alimentar a NCM 2106.90.30 encontra-se descrita no item 3.5 do art. 353 do RICMS/97.

Não acata o argumento defensivo da infração 03 de não ter havido consideração da efetiva entrada da mercadoria pois não foi apresentado nenhum documento comprobatório. Afirma que no lançamento original foi considerada esta condição e enumera diversos documentos fiscais a exemplo da nota fiscal 3862, datada de 31/01/2011 e lançada no demonstrativo em fevereiro de 2011.

Em relação a infração 04 ressalta que o contribuinte esqueceu que o benefício é devido apenas as micro e pequenas empresas, conforme art. 353- A do RICMS, enquanto que a empresa está inscrita na condição de normal, conforme se verifica no extrato dos dados cadastrais obtido no sistema INC.

A infração 05 foi reconhecida a procedência e passa a se manifestar sobre a infração 06 que o contribuinte apenas se limita a afirmar não haver dados divergentes nos arquivos magnéticos, contudo, não tece nenhum comentário sobre os dados apontados nas planilhas que demonstram objetivamente os dados divergentes.

Esclarece que todas as divergências foram detalhadas, a empresa devidamente intimada no dia 06/08/14 para proceder às devidas retificações, respeitando o prazo de trinta dias, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado em 26/09/2014, conforme documentos de fls. 16, 133, 145, 146, 187, 188, 192, 194, 196, porém não o fez.

Em relação à infração 07 esclarece que foi decorrente da falta de registro das notas fiscais conforme previsto no art. 4º, parágrafo 4º, inc. IV da Lei 7.014/96, que prevê a possibilidade de presunção de omissão de saídas.

Reconhece ser procedente o argumento do contribuinte em relação às notas fiscais que indicou e elabora novo demonstrativo para a análise dos Julgadores.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento do dia 26 de fevereiro de 2016, a 4ª JJF deste Conselho observando que o autuante acolheu parcialmente as alegações do autuado elaborando, inclusive novo demonstrativo de débito, fls. 338/342, decidiu converter o processo em diligência para que a INFRAZ de origem intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da cópia da Informação Fiscal prestada às fls. 359/363 e dos elementos acostados aos autos pelo autuante, fls. 364/370, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

Deu-se ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, conforme solicitado, (fls. 381/383), e este não se manifestou.

## VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de sete infrações, entretanto, observo que o contribuinte na apresentação da defesa reconheceu os valores exigidos nas infrações 1 e 5. Por esta razão julgo procedentes as referidas infrações, permanecendo em discussão os itens 02, 03, 04, 06 e 07.

A infração 02 trata de recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que foram incluídas, indevidamente, notas fiscais de aquisições de: a) mercadorias tributadas normalmente, suco de frutas e suplementos alimentares; b) mercadorias cujas operações são isentas de ICMS, no caso, preservativos; c) mercadorias cujo imposto fora retido e recolhido pelo fornecedor .

Sobre a primeira alegação, de acordo com informações prestadas pelo autuante e verificação no demonstrativo que deu lastro a acusação, fls. 21 a 40, inexiste aquisições de suco de frutas. Quanto aos suplementos alimentares observo que a NCM indicada nas notas fiscais é a de nº 2106.90.30. Neste caso, a mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária, de acordo com o item 3.5 do art. 353, do RICMS/97.

Quanto ao item “preservativos” verifico que, à época dos fatos geradores, havia o benefício da isenção para o referido produto, desde que fosse abatido do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido, conforme previsto no inciso XVII do art. 32 do RICMS/97. Ocorre que não ficou comprovada nos autos esta condição, portanto, é devido o imposto por substituição tributária tendo em vista que o referido produto, classificado sob a NCM nº 4014.10.00, está enquadrados no referido regime, conforme inciso 13.7 do art. 353 do RICMS/97.

No que diz respeito à alegação de que diversas operações tiveram o imposto retido e recolhido pelo fornecedor o autuado não apresentou qualquer documento de prova neste sentido, razão que me leva a não acolher a sua pretensão de ficar desobrigado pelo pagamento dos valores exigidos neste item da autuação.

Mantido o lançamento.

Na terceira infração que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização, o defensor alega que a fiscalização considerou como data do fato gerador a data constante no documento fiscal quando o correto seria na entrada da mercadoria em seu estabelecimento, entretanto, verifico que essa argumentação não deve prosperar, pois, não foram trazidas provas capazes de comprovar à sua alegação, no termo do art. 123 do RPAF/BA. Infração mantida.

A quarta infração trata do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização. O sujeito passivo alega que o autuante não concedeu o desconto que teria direito por ter recolhido o imposto no prazo regulamentar.

Não assiste razão o contribuinte isso porque, nos termos do art. 353-A,§ 5º, do RICMS/BA, este benefício é concedido às micro e pequena empresa, enquanto que à época dos fatos geradores a empresa estava inscrita no cadastro desta SEFAZ na condição de normal, conforme extrato emitido pelo sistema INC desta secretaria à fl. 347.

Dessa forma, considero caracterizada a exigência e procedente a quarta infração.

Na infração 06 foi aplicada a multa porque o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas. O defensor não questionou objetivamente os valores apurados pela fiscalização, tendo apenas alegado que cumpriu "todas as suas obrigações acessórias", sem contudo apresentar prova documental capaz de sustentar a sua argumentação.

Ao verificar os elementos que constituem e lastreiam a acusação fiscal observei que a fiscalização obedeceu a todos os procedimentos determinados na norma regulamentar. Ao analisar os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, constatou dados divergentes nos referidos arquivos.

O contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos com a necessária correção em 06 de agosto de 2014 para, em um prazo de trinta dias regularizar as falhas apontadas, contudo não o fez.

Nesta situação, entrega de arquivos magnéticos com inconsistências, a legislação tributária baiana prevê a aplicação da penalidade sobre o valor das omissões ou divergências encontradas entre os documentos fiscais e os dados informados nos arquivos magnéticos, limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período. É o que está previsto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea "i", da Lei nº 7.014/96:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

(...)

**XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:**

(...)

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.*

Portanto, à luz da norma legal acima, a penalidade aplicada está correta e possui lastro legal. Neste caso, a penalidade a ser aplicada tem como data de ocorrência a data em que o arquivo magnético foi apresentado com dados divergentes, como inserido no Auto de Infração em conformidade com as determinações contidas no item 3.5 da Instrução Normativa nº 055/14, que orienta a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas relacionadas com arquivos eletrônicos.

A infração 07 trata de falta de presunção de omissão de saídas em razão da falta de registro de notas fiscais de entradas no livro fiscal. Nessa situação cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Na apresentação da defesa o contribuinte apontou notas fiscais referentes a operações de remessa e/ou retorno de mercadorias para conserto, que no seu entendimento não deveriam ser tributadas. Na Informação Fiscal o autuante reconheceu o equívoco e elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, de acordo com demonstrativos às fls. 368/370.

Acato as alterações promovidas pelo fiscal autuante e julgo procedente em parte esta infração conforme demonstrativo de fl. 368/370.

Ante ao exposto voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0003/14-3**, lavrado contra **MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$136.708,15**, acrescido das multas de 60% sobre R\$126.704,84 e 100% sobre R\$10.003,31, previstas no artigo 42, II, alíneas “d” “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$88.017,29**, prevista no art. 42, inciso III-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR