

A. I. Nº - 206878.0002/14-8
AUTUADO - CASA DOS VINHOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-03/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Contribuinte logra êxito em elidir parte da acusação fiscal. O autuante em sede de informação fiscal acata parte das comprovações apresentadas pela defesa reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Cerceamento ao direito de defesa e contraditório. Aplicação dos art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99. Recomendação para renovar a ação fiscal, consoante previsão do art. 21 do RPAF-BA/99. Infração Nula. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. Infração subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE CORREÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS ENTREGUES COM DADOS DIVERGENTES POR FORÇA DE INTIMAÇÃO. MULTA. Há nulidade em razão de vício material, que se refere à falta de entrega ao autuado da Listagem Diagnóstica contendo todas as divergências imputadas, sem a qual não há validade o ato de lançamento, sendo tal vício insanável. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Excluídas as notas fiscais canceladas. Reduzida para 1% a multa de 10% aplicada para as mercadorias sujeitas a tributação, com fundamento na 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. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Contribuinte logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal, ante a comprovação nos autos, e reconhecida pelo próprio autuante em sede de informação fiscal, de que algumas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram canceladas pelo remetente, cujas exclusões resultaram na redução do débito originalmente apurado. Infrações parcialmente caracterizadas. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO

DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS. Não foi atendida a intimação para correção do arquivo magnético. Infração caracterizada.
7. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2014, exige crédito tributário no valor de R\$59.345,42, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - **02.01.02**. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de junho a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a março de 2011. Exigido o valor de R\$14.293,45, crescido das multas de 70% e 100%;

Infração 02 - **02.01.03**. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro e fevereiro de 2011. Exigido o valor de R\$11.411,15, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - **03.02.02**. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril e maio de 2009. Exigido o valor de R\$1.661,09, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - **06.01.01**. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$90,29, acrescido da multa 60%;

Infração 05 - **16.01.01**. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro, julho e outubro a dezembro de 2010, janeiro e março de 2011. Exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias totalizando R\$6.116,60;

Infração 06 - **16.01.02**. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio de 2009, janeiro, maio, julho e outubro a dezembro de 2010 e março a maio de 2011 e maio de 2012. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias no montante de R\$285,07;

Infração 07 - **16.12.24**. Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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, nos meses de abril a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro e fevereiro de 2011. Multa no valor de R\$25.027,77

Infração 08 - **16.04.01**. Falta de apresentação de Livros Fiscais, quando regularmente intimado. Multa de R\$460,00. Consta como complemento que o contribuinte deixou de apresentar o livro Registro de Inventário, requerido mediante intimação.

O autuado apresenta impugnação às fls. 472 a 477, reconhecendo o cometimento das infrações 04 e 08 e expondo suas razões de defesa para as demais infrações, na forma a seguir sintetizada.

Infração 01 - Conforme registrado no “demonstrativo 1”, são listados diversas informações que segundo o autuante constam da “leitura da MFD dos equipamentos tipo ECF, que não foram lançadas nos Livros fiscais e, conseqüentemente tiveram o imposto correspondente não recolhido.

Registra que constam ainda do citado demonstrativo uma relação de notas fiscais relativamente a devoluções, CFOP 5.209, que não teriam sido escrituradas no mesmo livro e gerado a mesma situação de falta de recolhimento do ICMS nelas lançado.

Aponta as falhas encontradas no demonstrativo que serve de base à acusação, com base nos lançamentos havidos em seu livro de Registro de Saídas, por período de apuração.

01/2010 – Declara que os valores lançados para o ECF 3, nos dias 13 e 17, foram regularmente lançados. Verifica-se na folha 0003/0002 que as Reduções “Z” 394, 395, 396 e 397 foram lançadas na seqüência, sem possibilidade de falta de escrituração de valores: Valores a abater R\$388,81 e R\$68,49;

02/2010 - Tanto as reduções “Z” do ECF 1 quanto as do ECF 3 foram lançadas na folha 0005/0002, contemplando os valores cobrados. Por isso afirma que os valores, R\$4,30 e R\$352,93, devem ser excluídos;

03/2010 - Diz que a mesma justificativa se aplica aos valores cobrados em relação ao ECF 1 no dia 13, quanto em relação ao ECF 3, nos dias 12 e 25, conforme folhas 0007/0002 e 0008/0002, devendo ser excluídos os valores de R\$7,29, R\$249,53 e R\$41,20;

05/2010 - Observa que deve ser excluir o valor de R\$22,06 referente ao ECF 3, porque o lançamento foi feito na folha 0013/0002.

10/2010 - Excluir o valor de R\$685,45 referente ao lançamento do ECF 3 no dia 18, por ter sido regularmente lançado à folha 0024/0002;

Destaca que em relação à cobrança feita para os meses de fevereiro e março/2011, nos valores respectivos de R\$144,52 e R\$1.238,92, com base nos documentos fiscais emitidos, não é procedente. Afirma que se trata de notas fiscais de emissão própria, que foram utilizadas para registro de retorno de mercadorias não entregues, que devem ser escrituradas no Registro de Entradas para anulação do débito gerado quando das saídas, o que não foi observado pela fiscalização. Diz que anexa cópia das notas fiscais que comprovam terem sido emitidas para retorno de mercadorias não entregues, na opção “0” - ENTRADAS.

Conclui observando que, consoante as ponderações expendidas, a infração 01 é parcialmente subsistente.

Infração 02 - Afirma que as operações listadas no “Demonstrativo 2”, estão lançamentos ocorridos na Redução “Z” com situação tributária de “não incidência” mas que se refeririam a mercadorias sujeitas a tributação. Sustenta que ocorrera cerceamento do direito de defesa, haja vista que no levantamento fiscal não especifica quais mercadorias tiveram a tributação lançada erroneamente, o que impossibilita o conhecimento do teor da autuação.

Infração 03 - Registra que no “demonstrativo 3” estão relacionados números de documentos fiscais emitidos por ECF, nos meses de abril e maio de 2009, que segundo o autuante deveriam ser tributados com alíquota superior à constante dos referidos documentos. Assevera que ocorrera cerceamento do direito de defesa por falta de especificação de quais mercadorias tiveram a tributação lançada erroneamente, o que impossibilita o conhecimento do teor da autuação.

Infração 05 - Depois de lembrar ser a acusação de falta de escrituração no livro Registro de Entradas das notas fiscais relacionadas no “Demonstrativo 5”, observa que no demonstrativo de apuração constam notas fiscais de emissão por outro estabelecimento de sua empresa e notas fiscais emitidas por terceiros. Sustenta que ocorrera cerceamento do direito de defesa por não lhe terem sido entregues as notas fiscais arroladas no demonstrativo, emitidas por terceiros, o que

impossibilita o conhecimento do teor da autuação. Arremata frisando que no tocante às notas fiscais de emissão própria, a de nº 491 de janeiro/2010, foi escriturada no livro Registro de Entradas à folha 00002/00002.

Infração 06 - Registra que da mesma forma que na infração anterior, no Demonstrativo 6 constam notas fiscais de emissão por outro estabelecimento de sua empresa e notas fiscais emitidas por terceiros. Reafirma seu entendimento de que ocorreria cerceamento do direito de defesa, uma vez que não lhe foram entregues as notas fiscais arroladas no demonstrativo, emitidas por terceiros, o que impossibilita o conhecimento do teor da autuação.

Infração 07 - Afirma que este item da autuação não pode prosperar por falta de atendimento a requisitos previstos no Regulamento do ICMS de 1997, vigente à época dos fatos, notadamente os parágrafos 3º a 5º, do seu art. 708-B, cujo teor transcreve. Observa que o preposto fiscal simplesmente, ao identificar inconsistências nos arquivos magnéticos entregues, ao invés de cumprir a determinação legal de intimar especificamente para correção, apresentando listagem diagnóstica das mesmas, concedendo o prazo legal para correção, foi de logo aplicando a penalidade.

O autuante presta informação fiscal, fls. 495 a 500, inicialmente reproduz as razões de defesa, em seguida enfrenta os argumentos articulados para cada um dos itens impugnados nos termos a seguir resumidos.

Infração 01 - Observa que o autuado enumera supostas falhas encontradas no lançamento fiscal, as quais, aborda analisando cada uma delas.

Destaca que após revisão, concorda com as alegações do defendente no que tange à impugnação parcial dos períodos de 01/2010, 02/2010, 03/2010, 05/2010 e 10/2010 do *DEMONSTRATIVO 1 – Infração 01.– SAÍDAS NÃO REGISTRADAS NO RSM COM CFOP 5.102*), às fls. 40 a 45.

Menciona que o autuado também requer a exclusão dos lançamentos de R\$144,52 e de R\$1.383,44, referentes aos períodos de 02/2011 e 03/2011 lançados no Demonstrativo 1 - Infração 01 - *SAÍDAS NÃO REGISTRADAS NO RSM COM CFOP 5.209*), à fl. 45, por se tratar de notas fiscais de emissão própria, utilizadas para registro de retorno de mercadorias não entregues, que devem ser escrituradas no Registro de Entradas para anulação do débito gerado quando das saídas.

Registra que após revisão, mantém a exigência fiscal nesses dois períodos de apuração. Observa que o código fiscal de operações (CFOP) constante nas notas fiscais integrantes do *Demonstrativo 1*, fl. 45, é 1209. Explica que de acordo com o Convênio S/Nº, de 15/12/1970, classificam-se nesse código as devoluções de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, transferidas para outros estabelecimentos da mesma empresa. Observa que no caso específico, fica caracterizado que essas notas fiscais, opção “0” - ENTRADAS, foram emitidas pela matriz Casa dos Vinhos Ltda., inscrição estadual 65.232.384-NO, inscrita no CNPJ sob nº 06.978.048/0001-55, na condição de estabelecimento destinatário de devoluções de mercadorias promovidas por uma filial - que é o estabelecimento ora autuado -, Casa dos Vinhos Ltda., inscrição estadual 82.580.133-NO, inscrita no CNPJ sob nº 06.978.048/0002-36, que, na condição de remetente de mercadorias, utilizou tais documentos para acobertar saídas tributadas, cujo imposto devido nessas operações não foi recolhido.

Assevera que a tese, suscitada pelo impugnante, de *nota fiscal de emissão própria, utilizada para registro de retorno de mercadorias não entregues, que devem ser escrituradas no Registro de Entradas para anulação do débito gerado quando das saídas* não se sustenta, na medida em que os documentos fiscais não foram emitidos pelo sujeito passivo; além disso, eles não trazem qualquer menção dos dados identificativos do documento fiscal originário, tais como: número, série, data da emissão e valor da operação, conforme exigência esposada no art. 654, inciso I, do RICMS-BA/97.

Assinala que a documentação acostada aos autos pela defesa, fls. 478 a 491 corrobora seu juízo, já que se trata exatamente dos mesmos documentos entregues à autuada quando da ciência do Auto de Infração e que integram o *Demonstrativo 1*, fl. 45.

Declara que com o acatamento parcial das alegações do impugnante, ficam alterados os valores dos seguintes períodos de apuração do imposto, constantes do *Demonstrativo 1*, fls. 40 a 44,: janeiro/2010, que passa de R\$678,96 para R\$221,66; fevereiro/2010, que passa de R\$841,69 para R\$484,45; março/2010, que passa de R\$814,64 para R\$516,62; maio/2010, que passa de R\$403,00 para R\$380,93; outubro/2010, que passa de R\$748,01 para R\$62,56. Isto posto, o valor total do *Demonstrativo 1 - Infração 01 - SAÍDAS NÃO REGISTRADAS NO RSM COM CÓDIGO FISCAL DE OPERAÇÕES (CFOP) 5.102*, fls. 40 a 44, passa de R\$12.910,01, para R\$11.089,94.

Infração 02 - Sustenta que a alegação de cerceamento de defesa não procede. Assevera que contrariando o entendimento do autuado, torna-se desnecessário especificar as mercadorias cuja tributação foi lançada erroneamente, uma vez que a totalidade das operações de saídas de mercadorias registradas nas Reduções “Z”, sob a classificação “NÃO TRIBUTADOS - N1” (ECFs 01 e 02) e “NÃO TRIBUTADOS - NÃO INCIDÊNCIA ICMS” (ECF 03), foi objeto de lançamento fiscal. Afirma que todas e quaisquer saídas de mercadorias classificadas nessas duas categorias e lançadas nas Reduções “Z”, decorrente de cupons fiscais emitidos e constantes da Memória de Fita-detelhe (MFD) extraída dos emissores de cupom fiscal da própria autuada, marca BEMATECH, códigos de fabricação BE050875600000033525 (ECF 01), BE050875600000030967 (ECF 02) e BE0306SC95510921563 (ECF 03) foram arroladas nas planilhas integrantes do *Demonstrativo 2*, fls. 74 a 92, sem qualquer exclusão.

Esclarece que caberia ao autuado consultar os cupons fiscais e Reduções “Z” por ela emitidos e registrados nas memórias de fitas-detelhes e identificar quais os produtos que supostamente estariam fora da imposição fiscal, uma vez que o *Demonstrativo 2* englobou todos e quaisquer itens codificados como “N1” e “NÃO INCIDÊNCIA ICMS”, indistintamente.

Infração 03 - Assinala que todos os valores de imposto exigidos no *Demonstrativo 3*, fl. 93, são oriundas da transcrição dos valores de base de cálculo registrados em Reduções “Z” e lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias, fls. 215 a 217, decorrentes de operações de saídas de bebidas alcoólicas, cuja alíquota interna (25%) encontra-se prevista no art. 51, inciso II, alínea “b” do RICMS-BA/97, acrescida de dois pontos percentuais relativos ao *Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza*, conforme art. 51-A, inciso II, do mesmo diploma legal. Assevera que todos os valores lançados na coluna “Base de Cálculo” do *Demonstrativo 3* foram obtidos a partir de lançamentos efetuados no livro Registro de Saídas de Mercadorias da autuada, que, por conta própria, determinou o número do ECF, o número do documento fiscal, a data da operação, o valor contábil, o CFOP e a base de cálculo das saídas de bebidas alcoólicas, sobre a qual aplicou a alíquota de 18,90% ao invés de 27% (25% + 2%), o que resultou no recolhimento a menos do ICMS. Afirma que todos os cupons fiscais e reduções “Z” emitidos pelo autuado, os quais atribuem às bebidas alcoólicas a codificação “T18,90%”, estão perfeitamente identificados na Memória de Fita-detelhe (MFD) do Emissor de Cupom Fiscal (ECF), marca BEMATECH, número de fabricação BE050875600000033525 (ECF 01). Arremata sustentando que pelo expendido a arguição de cerceamento de defesa, alegado pelo autuado, cai por terra.

Infração 05 - Declara que a alegação do impugnante de cerceamento do direito de defesa atribuída pela suposta falta de entrega de documentos não condiz com a realidade, já que o representante da autuada assinou o recebimento dos documentos fiscais relacionados no *Demonstrativo 5*, fls. 96 a 97, conforme se verifica à fl. 97. No entanto, diz reconhecer que ocorreu o lançamento da Nota Fiscal nº 491, de 27/01/2010, no livro Registro de Entradas de Mercadorias, fl. 259. Em vista disso, retifica o valor constante no *Período de Apuração: Janeiro/2010* do *Demonstrativo 5* do Auto de Infração, que passa de R\$103,24, para R\$16,91, e, por conseguinte, o valor total do próprio demonstrativo, que passa de R\$6.116,60, para R\$6.030,27.

Infração 06 - Afirma que a alegação de cerceamento do direito de defesa atribuída pela suposta falta de entrega de documentos não condiz com a realidade, já que o representante da autuada assinou o recebimento dos documentos fiscais relacionados no Demonstrativo 6, fls. 142 a 143, conforme verifica à fl. 143.

Infração 07 - Explica que a arguição de nulidade por falha na intimação, amparada pela defesa, não tem qualquer fundamento. Observa que, ao contrário do que alega a defesa, o autuado foi regularmente intimado, sendo-lhe concedido prazo legal para proceder a correção das inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos transmitidos, bem como foram entregues os relatórios com análise dos arquivos magnéticos e respectivas divergências encontradas, além da “Relação dos Arquivos Recepcionados”, conforme atestam documentos apensados às fls. 13 e 14 e 20 a 37.

Arremata assinalando que ratifica na íntegra os termos da autuação no que tange às Infrações 02, 03, 04, 06, 07 e 08.

Diz reconhecer parcialmente os argumentos da defesa em relação às infrações 01 e 05, conforme planilhas que anexa às fls. 501 a 507.

Após os ajustes necessários, o valor total do Auto de Infração fica alterado de R\$59.345,42, para R\$57.439,02.

Intimado a tomar ciência do teor da informação prestada pelo autuante, fls. 510 a 515 o defendente não se manifestou no prazo regulamentar.

Em pauta suplementar esta 3ª JJF converteu os autos em diligência, fls. 519 e 520, para que o autuante elaborasse novos demonstrativos das infrações 02 e 03 discriminando as mercadorias constantes dos documentos fiscais para evidenciar de forma inequívoca as irregularidades imputadas nesses dois itens da autuação. E que fossem entregues ao autuado cópias das Notas Fiscais, emitidas por terceiros e arroladas nos demonstrativos, ou seus correspondentes códigos de acesso, atinentes às infrações 05 e 06. Caso necessário, que fossem refeitos os demonstrativos dessas infrações. Foi determinada a ciência ao autuado do resultado da diligência reabrindo-se o prazo de defesa.

O autuante apresenta conclusão da diligência às fls. 524 e 525, frisando que no concernente às Infrações 02 e 03 anexa as memórias de fitas-detelhes - MFDs, fl. 526, obtidas dos equipamentos emissores de cupom fiscal - ECFs, marca BEMATECH, códigos de fabricação BE050875600000033525 - ECF 01, BE050875600000030967 - ECF 02 e BE0306SC95510921563 - ECF 03, as quais foram fornecidas em meio eletrônico pelo próprio autuado.

Afirma de maneira taxativa, no que tange especificamente à Infração 02, que todas as operações de saídas de mercadorias, identificadas com o código “N1” e registradas nas *Reduções “Z”*, nas datas e valores discriminados no “Demonstrativo 2”, fls. 74 a 92, foram objeto de lançamento fiscal, sem exceção. Explica que a identificação de cada uma dessas operações, classificadas com o código “N1”, está perfeitamente acessível nos cupons fiscais emitidos, cujas imagens contendo essas saídas de mercadorias de forma individualizada podem ser encontradas facilmente nas MFDs extraídas de cada um dos ECFs do estabelecimento.

Declara que o mesmo argumento é válido para a Infração 03. Assevera que todas as saídas de bebidas alcoólicas classificadas com o código “T18,90%”, registradas no livro Registro de Saídas, fls. 215 e 216, e nas *Reduções “Z”* do sujeito passivo nas datas e valores discriminados no “Demonstrativo 3”, fl. 93, foram incluídas na exigência fiscal. Registra que as imagens dessas saídas através dos cupons fiscais emitidos podem ser visualizadas sem qualquer dificuldade na MFD extraída do ECF 1 do estabelecimento (código de fabricação BE050875600000033525), onde encontram-se registradas.

Em relação aos questionamentos relativos às Infrações 05 e 06, reitera que todas as cópias dos DANFES referentes às notas fiscais eletrônicas objeto de autuação, tanto as decorrentes de

transferências de outros estabelecimentos do autuado, quanto às emitidas por outras empresas, contendo a discriminação das mercadorias nelas constantes, foram entregues mediante recibo ao representante do autuado. Afirma que basta observar o rodapé dos demonstrativos às fls. 97 e 143, onde o preposto do autuado assina o seguinte recibo: “Recebi cópias deste demonstrativo e dos documentos fiscais aqui relacionados em 10/07/2014”.

Quanto às Notas Fiscais de nºs 55871 e 109734, ratifica que estas se encontram relacionadas simultaneamente - em seus valores totais - nas infrações 05 e 06, todavia, os valores da *base de cálculo da multa* são diferentes. Esclarece que tanto a Nota Fiscal nº 55871, fls. 97 e 142, quanto a Nota Fiscal nº 109734, fls. 97 e 143, trazem em seu bojo produtos adquiridos com tributação e produtos adquiridos sem tributação, sendo que nesta última categoria os identificou no DANFE quando o valor do ICMS destacado é igual a zero. Arremata assinalando que, em decorrência dessa divisão por situação tributária em relação ao ICMS, pode ocorrer a repetição de um mesmo documento fiscal em infrações distintas.

Conclui mantendo sua posição esposada na Informação Fiscal, fls. 495 a 507, que fixou o valor definitivo do Auto de Infração, após os ajustes necessários, em R\$57.439,02.

Intimado o autuado para ciência do resultado da diligência com a reabertura do prazo de defesa, fls. 533 e 534, não se manifestou nos autos.

VOTO

O Auto de Infração cuida de oito infrações à legislação tributária do ICMS, consoante descrição circunstanciada enunciada no preâmbulo do relatório.

As Infrações 04 e 08 não foram objeto de impugnação pelo sujeito passivo. Logo, ante a inexistência de lide em torno desses itens da autuação fica mantida a autuação.

A infração 01 cuida da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, consoante demonstrativo acostado às fls. 40 a 45.

O autuado pugnou pela subsistência parcial da autuação apontando inconsistências no levantamento fiscal nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio e outubro de 2010 apresentando a indicação dos equívocos, fls. 403, e nos meses de fevereiro e março de 2011.

O autuante depois examinar as razões de defesa articuladas pelo autuado acatou parcialmente, não acolhendo somente a alegação da defesa relativa às operações de fevereiro e março de 2011, respectivamente, nos valores de R\$144,52 e R\$1.238,92, sob a alegação de que foram emitidas para retorno de mercadorias não entregues. Observou que no caso específico, restou caracterizado que essas notas fiscais, opção “0” - ENTRADAS, foram emitidas pela matriz Casa dos Vinhos Ltda., inscrição estadual 65.232.384-NO, inscrita no CNPJ sob nº 06.978.048/0001-55, na condição de estabelecimento destinatário de devoluções de mercadorias promovidas por uma filial - que é o estabelecimento ora autuado -, Casa dos Vinhos Ltda., inscrição estadual 82.580.133-NO, inscrita no CNPJ sob nº 06.978.048/0002-36, que, na condição de remetente de mercadorias, utilizou tais documentos para acobertar saídas tributadas, cujo imposto devido nessas operações não foi recolhido.

Elaborou novo demonstrativo de débito reduzindo o valor das exigências originalmente apuradas para os meses de janeiro, fevereiro, março, maio e outubro de 2010, respectivamente para R\$221,66, R\$484,45, R\$516,62, R\$380,93 e R\$62,56, fl. 498 e 499, que resultou na redução débito de período de R\$12910,01, fl.12, para R\$11.089,94, fls. 501 a 505. Depois de examinar as intervenções efetuadas pelo autuante com base nas alegações defensivas, relativas ao período de junho de 2009 a janeiro de 2011, constato correspondem às comprovações apresentadas.

Em relação aos meses de fevereiro e março de 2011, depois compulsar os documentos fiscais que lastreiam a exigência fiscal se referem a notas fiscais de entradas (devolução) não se prestando

para alicerçar a exigência fiscal de “falta de recolhimento do ICMS em decorrência do não lançamento no livro Registro de Saídas”. Logo, não subsistem os valores exigidos nos meses de fevereiro e março, de 2011.

Nestes termos, excluindo da autuação a exigência relativa aos meses de fevereiro e março, de 2011, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo autuante e acostado às fls. 501 a 505, relativo ao período de junho de 2009 a janeiro de 2011, que reduz o valor do débito desse item da autuação para R\$11.089,94.

Assim concluo pela subsistência parcial da infração 01.

A Infração 02 trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, demonstrativo acostado às fls. 74 a 92.

O impugnante alegou que ocorreria cerceamento de seu direito de defesa pelo fato do levantamento fiscal não especificar quais as mercadorias tiveram a tributação lançada erroneamente.

O autuante informou ser desnecessário especificar as mercadorias cuja tributação foi lançada erroneamente, uma vez que a totalidade das operações de saídas de mercadorias registradas nas Reduções “Z”, sob a classificação “NÃO TRIBUTADOS - N1” - ECFs 01 e 02 e “NÃO TRIBUTADOS - NÃO INCIDÊNCIA ICMS” - ECF 03, foi objeto de lançamento fiscal.

Mesmo instado a apresentar a identificação das mercadorias objeto da autuação, mediante diligência solicitada por esta 3ª JF, fls. 519 e 520, o autuante não atendeu ao pedido, remanescendo, assim, o óbice na acusação fiscal que padece de explicitação das operações tributáveis que, efetivamente, foram escrituradas pelo impugnante como sendo não tributáveis.

Assim, considerando que a ausência de identificação das mercadorias impossibilita a comprovação inequívoca do cometimento da irregularidade, pois, não determinando com segurança a infração imputada ao sujeito passivo, mostra-se evitado do vício de nulidade esse item da autuação.

Represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem o vício ora apontado.

Concluo pela nulidade da infração 02.

A Infração 03 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, cujo demonstrativo encontra-se apensado à fl. 93.

O impugnante alegou também alegou cerceamento de seu direito de defesa pelo fato do levantamento fiscal não especificar quais as mercadorias tiveram a tributação lançada erroneamente.

Depois de compulsar os elementos que compõem a acusação fiscal constato que assiste razão ao autuante ao rechaçar a alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista que os valores lançados na coluna “Base de Cálculo” do *Demonstrativo 3* foram obtidos a partir de lançamentos efetuados no livro Registro de Saídas de Mercadorias do próprio autuado, que, por conta própria, determinou o número do ECF, o número do documento fiscal, a data da operação, o valor contábil, o CFOP e a base de cálculo das saídas de bebidas alcoólicas, sobre a qual aplicou a alíquota de 18,90% ao invés de 27% (25% + 2%), o que resultou no recolhimento a menor do ICMS. Afirma que todos os cupons fiscais e reduções “Z” emitidos pelo autuado, os quais atribuem às bebidas alcoólicas a codificação “T18,90%”, estão perfeitamente identificados na Memória de Fita-detelhe (MFD) do Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

Logo, concluo pela subsistência da infração 03.

A Infração 05 trata de entradas no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo às fls. 96 e 97.

O defendente novamente alegou cerceamento de defesa por não lhe terem sido entregues as cópias notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e destacou que a Nota Fiscal de nº 491 de 27 de janeiro de 2010 foi escriturada no livro Registro de Entradas à fl. 0002/0002.

Verifico que não procede a alegação de cerceamento de defesa por falta de entrega das cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, uma vez que consoante informação do autuante e evidenciados nos demonstrativos de apuração que as cópias foram entregue ao preposto do defendente, fl. 97.

Constato também que procede a alegação da defesa em relação à Nota Fiscal de nº 491 que se encontra efetivamente registrada no LRE, fl. 259, Portanto, deve ser excluída da autuação conforme fez o autuante, elaborando novo demonstrativo de débito, fls. 506 e 507, reduzindo o valor da multa para R\$6.030,27.

Entretanto, entendo que deve ser aplicada a retroatividade benigna nos termos da alínea “c”, inciso II, do art.106, do CTN e considerando a alteração no inciso IX, do art. 42 da Lei 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, o percentual de 10% da multa indicada no Auto de Infração em decorrência da entrada no estabelecimento autuado de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, deve ser reduzido para 1%.

Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 05, passando o valor do débito para R\$603,02.

A Infração 06 cuida de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, consoante demonstrativo acostado às fls. 142 e 143.

Ao compulsar o demonstrativo de apuração constato que não assiste razão ao impugnante em sua alegação de cerceamento de defesa, considerando que consta explicitamente a declaração de que fora entregue ao preposto do autuado, juntamente com o demonstrativo, as cópias das notas fiscais, fl. 143.

Nestes termos, resta caracterizado este item da autuação.

A Infração 07 apura o fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, conforme demonstrativo acostado às fls. 171 a 181.

Não tem procedência a alegação da defesa que ocorrera falha na intimação. Constato que ao contrário do que alega a defesa, o autuado foi regularmente intimado, sendo-lhe concedido prazo legal para proceder a correção das inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos transmitidos, bem como foram entregues os relatórios com análise dos arquivos magnéticos e respectivas divergências encontradas, além da “Relação dos Arquivos Recepcionados”, conforme atestam documentos apensados às fls. 13 e 14 e 20 a 37.

Verifico também que a defesa não apresentou qualquer prova que tivesse atendido a intimação expedida pela fiscalização no prazo estipulado de 30 dias, fl. 14. Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu a legislação acima citada, pois ao constatar a entrega dos arquivos magnéticos com inconsistências, intimou o contribuinte autuado para corrigi-las, com a concessão do prazo de 30 dias, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, restou caracterizada a entrega de arquivos com inconsistência sendo correta a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Mantida a infração 07.

Pelo expendido, concluo pela subsistência parcial da acusação fiscal nos termos discriminados no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE INFRAÇÃO X JULGAMENTO			AUTO
Infração	Auto de Infração	Inf.. Fiscal	Julgamento
01	14.293,45	12.473,38	11.089,93
02	11.411,15	11.411,15	0,00
03	1.661,09	1.661,09	1.661,09
04	90,29	90,29	90,29
05	6.116,60	6.030,27	603,02
06	285,07	285,07	285,07
07	25.027,77	25.027,77	25.027,77
08	460,00	460,00	460,00
TOTAIS	59.345,42	57.439,02	39.225,81

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **206878.0002/14-8**, lavrado contra **CASA DOS VINHOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.841,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.751,38, de 70% sobre R\$6.648,86, e de 100% sobre R\$4.441,07, previstas nos incisos II, alíneas “a” e “f” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$26.384,50**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI e XIII-A, alínea “i”, e XX, do art. 42 do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA