

A. I. Nº - 108880.3010/16-7
AUTUADO - BEBIDAS BRASIL LTDA. - ME
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0036-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS FISCAIS. DESTAQUE SUPERIOR AO PERMITIDO EM LEI. O Estado não pode absorver o erro do emitente, sobre o qual não tem nenhum controle sobre os seus atos e erros, e sofrer prejuízos por conta destes erros. Assim como o estado de origem pode cobrar diferenças do imposto por conta de erros nas alíquotas, se estas forem menores que o devido, o estado de destino também o faz com relação ao crédito, se estes forem maiores, como foi o caso em lide. Infrações 1, 2 e 3 subsistentes. **2. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS PRÓPRIOS.** O autuado admite o erro e solicita a revisão na aplicação da multa para 60% por ser o percentual descrito no art. 42 – inc. II, alínea “a” da Lei nº 7014/99. Ocorre que a multa aplicada na infração é mesmo de 60%, e não há erro na tipificação da multa, que está conforme art. 42 do RPAF. Infração 5 subsistente. **b) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS PRÓPRIOS.** O impugnante alega que as operações foram canceladas, porém só comprova o cancelamento de uma nota fiscal que foi acatada pela autuante, reduzindo a infração. O impugnante tomou ciência da alteração e não se pronunciou. Infração 4 subsistente em parte. **3. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. DEU ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO TRIBUTÁVEIS SEM O DEVIDO REGISTRO NOS DOCUMENTOS FISCAIS.** O impugnante apresenta uma cópia de livro registro de entradas, com o registro das notas, sem contudo apresentar evidências de que tal escrituração ocorreu antes do lançamento de ofício. Além disso, não contesta erro na escrituração digital entregue à fiscalização. Os livros devem espelhar os lançamentos magnéticos, mesmo porque são impressos a partir dos dados disponíveis nestes arquivos eletrônicos. Assim, configura-se erro apontado pela autuante. Infrações 6 e 7 subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 26/07/2016, quando foi lançado ICMS e multa formal por descumprimento de obrigações no valor total de R\$174.891,92 em decorrência das seguintes

infrações:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado em documentos fiscal, sendo lançado o valor de R\$24.901,64, acrescido da multa de 60%. Art. 42, VII, “a”;

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado em documentos fiscal, sendo lançado o valor de R\$18.600,00, acrescido da multa de 60%. Art. 42, VII, “a”;

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado em documentos fiscais, sendo lançado o valor de R\$12.571,80, acrescido da multa de 60%. Art. 42, VII, “a”;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado o valor de R\$95.080,84, acrescido de multa de 100%. Art. 42, III;

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto, sendo lançado o valor de R\$15.408,07 acrescido de multa de 60%. Art. 42, II, “a”;

INFRAÇÃO 6 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis e sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$7.701,38. Art. 42, IX;

INFRAÇÃO 7 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$628,19. Art. 42, XI;

A Defesa às fls. 78/81, pede nulidade do lançamento, alegando que nas infrações 1, 2 e 3 onde são apontadas irregularidades de utilização de crédito fiscal de ICMS a maior, é necessário destacar que a escrituração é feita de acordo com o descrito nas Notas Fiscais oriundas dos fornecedores; que as notas fiscais relacionadas na infração 4, onde é citado que houve recolhimento do ICMS das mesmas, é necessário informar que as devidas notas não foram escrituradas pelo simples fato de não ter ocorrido as negociações, e portanto, essas notas fiscais foram canceladas.

Aduz com referência a infração 5, de recolhimento a menor do ICMS, em verdade existe um erro na aplicação da alíquota do ICMS, mas faz-se necessário uma revisão na aplicação da multa para este caso, uma vez que no Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7014/99, é lido que a aplicação deve ser feita de 60% do valor não recolhido tempestivamente. Por final, nas infrações 6 e 7, é dito que foram dadas entradas de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, porém as Notas Fiscais nºs 44143, 6202, 6198, 6205, 6220, 6226, 6238, 6239, 6258, 6266, 6259, 6284, 6288 e 6289 foram escrituradas, conforme registro nos livros fiscais; porém as demais notas não foram encontradas nos arquivos, uma vez que em momento algum foram efetivadas as referidas compras para com os fornecedores.

Que em nenhum momento recebeu uma prévia intimação para os assuntos colocados, onde certamente nos disporíamos com maior atenção para as correções necessárias perante a Secretaria da Fazenda. Diante de todo o exposto, solicita que o Auto de Infração seja entendido e reconsiderado, uma vez que as devidas explicações foram dadas.

Na informação fiscal a autuante diz que na infração 1 é cobrado o ICMS devido pela utilização de crédito fiscal superior ao destacado no documento fiscal, conforme cópias dos DANFES em anexo às fls. 12 a 14. Salienta que o ICMS constante nas Notas Fiscais nºs 687 e 178 foi destacado a maior no documento fiscal, com a alíquota de 12%, e as mercadorias saídas das regiões sul e sudeste.

Que nas infrações 2 e 3 está sendo cobrado o ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, e ter o autuado utilizado todo o crédito, em desacordo com o Regulamento do ICMS, por serem mercadorias oriundas do RS e SP com a alíquota de 12%, em

vez de 7%.

Que com relação a infração 4 acata parcialmente a alegação do autuado, por ter identificado que a nota fiscal 22 foi emitida de forma errada, ou seja, na identificação da empresa consta o estabelecimento ECA – Industria e Comércio Esperança Ltda., porém a inscrição estadual e o CNPJ são da empresa Bebidas Brasil Ltda. Em virtude do fato narrado, a Nota Fiscal nº 22 será excluída do débito.

Que na Infração 5 - o autuado admite o erro na aplicação da alíquota, e solicita a revisão na aplicação da multa para 60% por ser o percentual descrito no art. 42 – inc. II, alínea “a” da Lei nº 7014/99; que a multa aplicada na infração é 60%, conforme disposto na lei e no Auto de Infração, às fls. 02 do presente PAF.

Nas infrações 6 e 7, o contribuinte alega que algumas notas fiscais foram escrituradas e anexa cópia de um livro em arquivo PDF, porém outras não foram encontradas nos arquivos da empresa, por não terem sido efetuadas as referidas compras. De acordo com registros na SEFAZ/BA e Receita Federal, o contribuinte está obrigado a apresentar EFD desde 18/02/2014, portanto, o registro juridicamente válido é o SPED.

A identificação da falta de escrituração das notas fiscais de entradas, nas infrações 6 e 7, foi na Escrituração Fiscal Digital. Com relação a alegação de que a empresa não foi intimada para apresentar documentos ou justificativas, informo que a notificação com código de mensagem 2940 foi postada em 08/07/2016, através do Domicílio Eletrônico Tributário, e consta como data de ciência 26/07/2016, e tem validade de acordo com o art. 127-D da Lei nº 3956/81.

De acordo com o art. 127-D da Lei nº 3956/81 a comunicação eletrônica é válida, conforme disposto abaixo:

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

Nota: O art. 127-D foi acrescentado pela Lei nº 13.199, de 28/11/14, DOE de 29 e 30/11/14, efeitos a partir de 29/11/14.

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;*
- b) encaminhar notificações e intimações;*
- c) expedir avisos em geral;*

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

Diante de todo o exposto, mantém a autuação das infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 7 na sua totalidade e a infração 4 parcialmente, alterando o valor de R\$95.080,84 para R\$ 11.848,84, decorrente da exclusão da Nota Fiscal nº 22.

Anexo ao presente novo demonstrativo da infração 4, consulta da obrigatoriedade do SPED Fiscal e Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais, através do DTE. À fl. 98 o contribuinte foi intimado acerca do novo demonstrativo, e tomando conhecimento não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente o impugnante pede pela nulidade do lançamento por alegada existência de erros no lançamento, e pelo fato de não ter sido intimado previamente. A autuante alegou que de acordo com o art. 127-D da Lei nº 3956/81 a comunicação eletrônica é válida, e que não cabe tal argumento, ao tempo que reconheceu um dos erros apontados pelo impugnante e reduziu o lançamento em uma das infrações.

Em verdade, mesmo que ocorresse uma total ausência de intimação, isto não é vício suficiente para nulidade do processo, visto que a função da intimação é suspender a espontaneidade do pagamento de tributos. Ou seja, a intimação protege o fisco no sentido de que havendo um recolhimento durante o procedimento, ainda assim permanecerá a multa pela infração. Assim, eventual ausência de intimação prejudica a fiscalização pois o trabalho do autuante poderia ser ao final, todo improcedente, por conta de recolhimento do tributo durante a fase de procedimento. A ausência de intimação não prejudica nem cerceia a defesa do impugnante, e no caso em tela, foi feita intimação eletrônica, com plena validade jurídica. Negado o pedido de nulidade.

Nas infrações 1, 2 e 3 onde são apontadas irregularidades de utilização de crédito fiscal de ICMS a maior, o impugnante aduziu que *é necessário destacar que a escrituração é feita de acordo com o descrito nas Notas Fiscais oriundas dos fornecedores*; tal justificativa não procede, pois os erros do emitente das notas fiscais quanto às alíquotas ou créditos maiores que os legalmente permitidos, não podem isentar o contribuinte adquirente do erro. O Estado não pode absorver o erro do emitente, sobre o qual não tem nenhum controle sobre os seus atos e erros, e sofrer prejuízos por conta destes erros. Assim como o estado de origem pode cobrar diferenças do imposto por conta de erros nas alíquotas, se estas forem menores que o devido, o estado de destino também o faz com relação ao crédito, se estes forem maiores, como foi o caso em lide. Infrações 1, 2 e 3 procedentes.

Na infração 4, o impugnante alega que as operações foram canceladas, porém só comprova o cancelamento de uma nota fiscal que foi acatada pela autuante, reduzindo a infração do valor de R\$95.080,84 para R\$ 11.848,84, por conta da exclusão da Nota Fiscal nº 22, de acordo com a nova planilhada anexada à fl. 82. O impugnante tomou ciência da alteração e não se pronunciou. Infração 4 procedente em parte.

A Infração 5 é decorrente de erro na apuração do imposto e o consequente recolhimento a menos. O autuado admite o erro e solicita a revisão na aplicação da multa para 60% por ser o percentual descrito no art. 42 – inc. II, alínea “a” da Lei nº 7014/99. Ocorre que a multa aplicada na infração é mesmo de 60%, e não há erro na tipificação da multa, que está conforme art. 42 do RPAF.

As infrações 6 e 7 são multas por falta de registro na escrituração. O impugnante apresenta uma cópia de livro registro de entradas, com o registro das notas, sem contudo apresentar evidências de que tal escrituração ocorreu antes do lançamento de ofício. Além disso, não contesta erro na escrituração digital entregue à fiscalização. Os livros devem espelhar os lançamentos magnéticos, mesmo porque são impressos a partir dos dados disponíveis nestes arquivos eletrônicos. Assim, configura-se erro apontado pela autuante. Infrações 6 e 7 procedentes.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no sentido de reduzir a infração 4 (mês de nov/2015 para R\$2.506,68) para o valor de R\$11.848,84, mantendo-se procedentes as demais imputações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.3010/16-7**, lavrado contra **BEBIDAS BRASIL LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$83.330,35**, acrescido das multas de 60% sobre R\$71.481,51 e 100% sobre R\$11.848,84, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$8.329,58**, previstas nos incisos IX e XI, do supracitado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TEREZA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA