

A. I. N<sup>a</sup> - 206826.0001/14-7  
AUTUADO - ARAÚJO MAIA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01.08.2017

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO Nº 0125-04/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS. DÉBITOS NÃO CONSIGNADO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. A acusação está posta de forma clara e devidamente demonstrada. Mantida a multa no percentual indicado na autuação. Acusação subsistente. 2. VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. OPEDRAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. APURAÇÃO COM BASE NAS INFORMAÇÕES DA DMA. O levantamento fiscal foi efetuado com base no confronto mensal entre as informações constantes na DMA, ao invés de considerar as informações extraídas através do TEF Diário, que sequer foi entregue ao autuado. Foi utilizada metodologia imprópria para o lançamento, o que causou insegurança na determinação do valor da base de cálculo e cerceamento ao direito de defesa. Item nulo. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. Acusação não elidida. 4. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE NOTAS FISCAIS MODELO 1 OU 1-A EM SUBSTITUIÇÃO A NOTA FISCAL ELETRÔNICA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o que consta dos autos, as notas fiscais Modelo 1 foram emitidas após emissão das notas fiscais eletrônicas, configurando flagrante conflito entre a acusação e a apuração. Data de ocorrência não condizente com os períodos efetivamente apurados. Acusação insubsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Restou configurada a ausência de escrituração das notas fiscais. Adequação da penalidade ao percentual de 1% em obediência ao Art. 106, II “c” do CTN em face da alteração da Lei nº 7.014/96, inciso IX. Através da Lei nº 13.461/2015, vez que se trata de ato não definitivamente julgado, com cominação de penalidade menos severa. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. O autuante laborou em equívocos na indicação do valor exigido, ao englobar no mesmo cálculo situação inerente a antecipação parcial com antecipação total. Acusação insubsistente. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Acusação devidamente caracteriza, a qual não foi elidida pelo autuado. 8. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO. FALTA DE

PAGAMENTO. A planilha elaborada pelo autuante indicou sobre quais documentos fiscais recaiu a exigência. Autuada não se desincumbiu do ônus de elidir a acusação. Infração mantida. 9. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ESCRITURAÇÃO A MENOS QUE O VALOR DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. Restou comprovado o descabimento do estorno do débito efetuado pela autuada, visto que não ocorreu o lançamento do débito na escrita fiscal. Infração caracterizada. Mantidas as multas aplicadas, exceto em relação a infração 05 que foi reduzida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de lançamento de ofício consubstanciado através do Auto de Infração epigrafado, através do qual está sendo exigido o valor de R\$604.610,73 e demais acréscimos previstos pela legislação tributária em vigor, em face das seguintes imputações:

- 1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$2.671,55 por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. A empresa utilizou crédito fiscal relativo a devolução de mercadorias saídas para vendas fora do estabelecimento sem a devida contrapartida, ou seja, o pagamento nas saídas”. Multa de 150% prevista pelo Art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.
- 2 – “Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS no total de R\$72.274,41 referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS devido relativo a vendas de mercadorias tributadas, calculando o valor aplicando a proporcionalidade tomando por base as informações prestadas pelo contribuinte na sua D.M.A”. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- 3 – “Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS no total de R\$58.459,64 referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. As notas fiscais eletrônicas não foram lançadas nos seus livros próprios”. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- 4 – “Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica. Emitiu indevidamente notas fiscais modelo 01 em substituição a notas fiscais eletrônicas”. Multa no valor de R\$31.155,84 prevista pelo Art. 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96.
- 5 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar no seu livro registro de entradas aquisição de mercadorias tributadas, tomando por base informações das notas fiscais eletrônicas informada pelos seus fornecedores”. Multa no total de R\$358.009,96, prevista pelo Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.
- 6 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$8.996,55 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Deixou de fazer a antecipação parcial de mercadorias tributadas nas aquisições interestaduais”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.
- 7 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$55.388,70, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Deixou de fazer a antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias inclusas na substituição tributária”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.
- 8 – “Deixou de recolher ICMS no valor de R\$11.610,00 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da

*Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Deixou da fazer o recolhimento do diferencial de alíquota devido na aquisição de material de uso e consumo em outras unidades da federação".* Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

9 – “*Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$6.044,08, no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS devido a escrituração a menor que o destacado nas notas fiscais eletrônicas informado pelo contribuinte*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 135 a 142, aduzindo, em síntese, os argumentos que seguem.

Em preliminar suscita a nulidade do Auto de Infração, ou da intimação realizada dia 03/10/14, ao argumento de que foi levada a efeito com irregularidades formais na peça que lhe foi ofertada, isto porque, se encontra sem visto de saneamento e da autoridade fazendária, e com folhas sem numeração e sem rubricas do órgão preparador. Alega que, com isso, foram ofendidos, os arts. 12, 19, 28, § 3º inciso VI, 39, incisos III, V, “a”, do RPAF, sendo, na forma do art. 18, incisos II e IV, “a”, nulo de pleno direito o lançamento ou ao menos o ato da intimação.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade das infrações 02, 03, 05 e 08, por cerceamento do direito de defesa, insegurança na determinação da infração e, consequente e irregular arbitramento da base tributável.

Isto porque, diz, quanto a infração 02 foi apresentado apenas um demonstrativo sintético da apuração, supostamente com base nas DMA, representando, em verdade, um irregular arbitramento sobre as informações das vendas, não demonstrando a real movimentação declarada pela empresa e sem dados relativos a débitos, créditos, saldos etc. Além disso, consta no mesmo demonstrativo sintético informações de supostas vendas por cartões, sem as devidas comprovações, acrescentando que até mesmo suposta proporcionalidade não foi demonstrada, impedindo-lhe de exercer o seu direito de defesa.

Sustenta em seguida que em relação a infração 03, persiste idêntico problema de demonstração e comprovação da ocorrência, não sendo sequer apresentadas as notas que não teriam sido lançadas, nem tampouco a demonstração analítica necessária.

Já em relação a infração 05, sustenta que não foram apresentadas as notas que não teriam sido escrituradas e, assim, não se esclareceu a natureza das mercadorias relacionadas as ditas operações, inexistindo base legal para a imposição da multa de 10%. Cita decisão do CONSEF a respeito desta questão, a qual, ao seu argumento, dá sustentação a sua defesa e, por essa razão, a acusação não pode prosperar.

Quanto a infração 08 afirma que não foram identificadas as notas fiscais e, por via conexa, a natureza das operações, citando que o ofuscamento da sua visão, causada pelas mencionadas falhas na condução da ação fiscal e pela ausência de provas das acusações, tornam nulas as exigências correspondentes.

Ao adentrar ao mérito, diz que mesmo com os prejuízos causados à defesa, tem condições parciais de combater o lançamento de ofício. Assim, no que diz respeito a infração 01, diz que tentará encontrar a documentação fiscal pertinente, solicitando, acaso seja encontrada, a posterior juntada.

Em relação a infração 02 menciona que os valores apurados são indevidos e ficam expressamente impugnados. Pontua que sequer entendeu a motivação da autuação, ficando muito prejudicada sua defesa. Neste sentido afirma que o que se pode dizer é que teria tido lugar a "falta de informações mensal com precisão", sendo indevidamente utilizadas DMA, o que representou um verdadeiro arbitramento da base de cálculo e consequentemente do valor exigido, concluindo que caso a nulidade não seja decretada e esclarecimentos sejam trazidos ao PAF, de logo protesta pela reabertura do prazo de defesa.

Com referência a infração 03 sustenta que a situação se repete, sendo cabível, de igual forma, acaso a nulidade não seja alcançada, e esclarecimentos e provas sendo carreadas ao processo, a reabertura do prazo de defesa.

Adentra, em seguida, à infração 04 citando que esta reporta-se a multa formal de 2%, por utilização indevida de NF Modelo 1-A, em substituição à NF Eletrônica. Argui que a multa aplicada se afigura inteiramente desproporcional, posto que a obrigação principal, já que documento fiscal foi emitido, não foi afetada. Pede que a sanção seja amenizada, com base no Art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, em 90%, como tem decidido o CONSEF em casos semelhantes, mencionando decisões do CONSEF que, ao seu entender, respaldam seu argumento.

Adentra a infração 05 mencionando que apesar da não apresentação das notas, o que, por si só, enseja a nulidade da imposição, pela numeração listada, conseguiu identificar que se encontram, quase que totalmente, lançadas, conforme anexo livro RE. Muitas notas foram lançadas em meses diversos da emissão dos documentos, o que se justifica pela divergência entre a data de emissão e efetiva entrada da mercadoria, destacando que basta a comprovação do lançamento, anterior à ação fiscal, para que a acusação esteja elidida. Pede revisão deste item visando identificar no LRE anexo, as notas devidamente lançadas, concluindo que em relação aos poucos documentos não lançados, a ausência dos mesmos enseja a nulidade do lançamento.

Em seguida afirma que a infração 06 é improcedente na medida em que se reporta a aquisições interestaduais de aparelhos de telefone celular, hipótese em que ocorre a antecipação total do imposto, com encerramento da fase de tributação, acrescentando que até mesmo o não enquadramento na hipótese de antecipação parcial é suficiente para elidir a acusação, baseada em tal "**proporção**" na antecipação.

Naquilo que se relaciona a infração 07, afirma que os pagamentos foram realizados em consonância com as competências referentes às entradas das mercadorias em seu estabelecimento, conforme demonstrações que diz estarem anexas, e que, visando a apuração do fato e pagamentos, pede que seja feita completa revisão deste item, observadas as datas das efetivas entradas dos produtos no estabelecimento.

Com relação a infração 08, diz que, conforme já esclarecido na preliminar, não conseguiu identificar a origem da cobrança, pedindo, acaso a questão prejudicial seja superada e o fato seja comprovado, reabertura do prazo de defesa.

Por fim, no que tange a infração 09, diz que as operações listadas se referem a devoluções de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, para fora do estado, onde, no estado de destino, não existe acordo interestadual, por isso a tributação é pelo sistema normal. Diz que, como meio de prova de prova, apresenta o livro RAICMS do mês de agosto de 2011, e exemplos sobre as operações.

Em conclusão, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada, em cada item, a verdade material, renova o pleito de reabertura de prazo (caso elementos e esclarecimentos sejam acrescidos na ação), e pede a Nulidade da intimação, ou dos itens descritos na preliminar, ou a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, prestou Informação fiscal, fls. 353 a 358, destacando inicialmente que quanto ao argumento de nulidade trazido pelo autuado sob alegação de que a cópia do Auto de Infração lhe foi entregue sem visto de saneamento e da autoridade fazendária e com folhas sem rubricas, sustenta que não pode prosperar pois trata-se de uma cópia para seu conhecimento, enquanto que o lançamento propriamente dito encontra-se no PAF, onde constam todas as assinaturas como determina o RPAF.

Em relação ao pedido de nulidade das infrações 02, 03, 05 e 08 por cerceamento de defesa, insegurança na determinação da infração e consequente e irregular arbitramento da base de cálculo, diz que dá a entender que o representante da autuada não teve acesso aos demonstrativos que foram apresentados à autuada, "já que este demonstrativo sintético, como diz a autuada, ver

*folha 94, com assinatura do representante da autuada, esta bastante explicito com relação a definição do imposto devido. Neste demonstrativo está bastante claro e identificado o mês/ano; saídas mensais totais e tributadas, constantes das DMAs informada pelo contribuinte e extraídas do sistema da SEFAZ. A partir destas informações foi possível calcular a proporcionalidade. Também extraídos do Sistema da SEFAZ, obtemos os valores informados pelas prestadoras de cartão de crédito/débito e confrontamos com o informado pela autuada e a diferença foi oferecido a tributação. Esta diferença encontrada foi aplicado o índice de proporcionalidade, calculado na planilha 02 folha 94, para encontrar a base de cálculo e aplicarmos a alíquota de 12% para encontrarmos o ICMS devido”.*

Sustenta que não há em que se falar de arbitramento pois todos os valores registrados no Planilha 02 são informados pela autuada nas suas DMA, folhas 56 a 82, e os valores informados pelas prestadoras de cartão de crédito e débito, nos relatórios de informações TEF mensal, fls. 31 a 55.

Diz que, em relação ao exercício de 2012, devido a falta de informação mensal com precisão nas DMA, foi utilizado informação extraída do relatório da DMA consolidada de 2012, fl. 79, para que não fosse prejudicado o contribuinte. Afirma que não foi feito arbitramento pois todos os valores utilizados foram extraídos de informações constantes no sistema da SEFAZ, informado pela própria autuada, e pela prestadoras de cartões de crédito/débito e o índice de proporcionalidade foi extraído com as informações prestada pela autuada nas suas DMA.

Quanto a infração 03, afirma que o representante da autuada não atentou que se trata de notas fiscais eletrônicas, as quais estão claramente indicadas na planilha 03, folha 95, resultante do cruzamento, realizado pelo sistema SIAF das notas fiscais eletrônicas informadas pelo próprio contribuinte e as lançadas no seu livro Registro de Saídas, devidamente identificadas, restando claro que a autuada não lançou notas fiscais de sua própria emissão no seu livro Registro de Saídas e, consequentemente, seus valores não foram apresentados a tributação.

Com relação ao item 05, diz que o autuado cometeu o mesmo erro constante do item anterior quando questiona a apresentação das notas fiscais eletrônicas não escrituradas. Diz que nesta infração está sendo aplicado multa de 10% pela falta de escrituração das aquisições, conforme planilha fls. 109 a 114, também resultante do cruzamento, pelo sistema SIAF, das notas fiscais eletrônicas informadas pelos seus fornecedores e as notas fiscais eletrônicas escrituradas no seu livro Registro de Entradas, acrescentando que em relação a natureza das mercadorias, questionada pela defesa, se são tributadas ou não para definir o percentual da multa, ela esta expressa no CFOP, no valor da base de cálculo e do ICMS destacados nas notas fiscais eletrônicas informadas, e, quanto a informação do não reconhecimento na sua integralidade como sendo adquirente, a autuada não apresentou quais foram estas notas fiscais nesta situação, sendo que o acórdão refere-se a notas fiscais com situação distinta, já que se trata de notas fiscais não eletrônicas.

No tocante a infração 08, sustenta que a defesa da autuada não versa claramente sobre a autuação. Em vista disto cita que vai esclarecer a exigência, fls. 121 a 123, onde está explicitado que no mês de 08/2011 a autuada teria que fazer um recolhimento, a título de diferença de alíquotas referente a aquisição de material de uso e consumo, no valor de R\$12.235,00 e o fez num valor menor que o devido, ou seja, apenas R\$625,00, resultando numa diferença de R\$11.610,00, como demonstrado na fl.122 do PAF, revestindo-se em mais uma tentativa que não deve prosperar.

Com relação ao mérito, cita que quanto a infração 01, o autuado “*diz que não tem condições parciais de combater o lançamento de ofício, onde tentará encontrar a documentação para posterior juntada*”.

Quanto a infração 02, sustenta que este item já foi comentado no item 04 da defesa, e que não se pode falar em arbitramento quando a exigência foi pautada em informações prestadas pelo próprio autuado, ficando claro que não foram inventados valores e se aqueles informados não são verdadeiros cabe ao autuado comprovar o contrário.

No que pertine a infração 03, diz que tal como na infração 02, já foi comentado e esclarecido no item 05 da defesa, sendo que aparece de novo o pedido de reabertura de prazo, o que não concorda, já que não foi juntado motivo para ser atendida a solicitação.

Em relação a infração 04, onde o autuado pede que a multa seja amenizada em 90% com base no Art. 42, § 7º da lei nº 7.014/96, diz que rechaça o pedido, já que tem função vinculada e não tem prerrogativa de diminuir o percentual da multa, já que a mesma vem expressa em lei.

Em relação a infração 05 diz que o representante da autuada tenta mais uma vez desclassificar o lançamento ao mencionar que as notas fiscais listadas na planilha 05, foram quase que totalmente lançadas, sem ao menos identificar uma nota fiscal sequer e, ainda, não satisfeito, pede revisão para este item sem apresentar nenhum motivo que justifique este pedido.

Quanto a infração 06 sustenta que não prospera a alegação do autuado já que o CFOP das aquisições é o de nº 2102 e a autuada não faz juntar qualquer prova para descharacterizar este CFOP, que com certeza não se trata de aquisição de mercadorias incluídas na antecipação tributária, portanto não deve prosperar os argumentos defensivos, lembrando que o que está sendo exigido é multa por falta de escrituração e não imposto e mesmo a mercadoria sendo da antecipação tributária e não isenta, deve ser aplicada a multa de 10%.

Quanto a infração 07, menciona que a autuada diz ter feito o pagamento, conforme demonstrações em anexas, entretanto deve ter esquecido de anexar as comprovações ou não tendo como comprovar sua argumentação nada apresentou, restando prejudicado o pedido de revisão já que não juntou motivos para tal.

Com relação a infração 08, afirma que está bem identificada a origem da cobrança, conforme fls. 121 a 123, onde está bem explícito a origem da cobrança.

Quanto a infração 09, pontua que a autuada esqueceu de analisar o item em discussão, senão teria notado que as notas fiscais eletrônicas foram destacados o ICMS devido e no livro Registro de Saídas os valores do ICMS foram lançados como “0” (zero) no mês 07/2011. Portanto é inquestionável a cobrança deste item.

Mantém a Procedência integral do lançamento.

Em sessão de Pauta Suplementar realizada no dia 28 de agosto de 2015, o presente processo foi convertido em diligência à Infaz de origem no sentido de que fossem atendidas as solicitações que seguem:

*“Em face de diversos questionamentos presentes nestes autos, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à INFAZ de origem no sentido de que o autuante atenda as solicitações abaixo pertinentes as seguintes acusações:*

*Infração 05 – 16.01.01*

*“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar no seu livro registro de entradas aquisição de mercadorias tributadas, tomando por base informações das notas fiscais eletrônicas informada pelos seus fornecedores”.*

*A autuada alega que apesar da não apresentação das notas fiscais pelo autuante, conseguiu identificar, através da listagem apresentada pelo mesmo, que quase a totalidade das notas se encontram lançadas em seu livro RE, em meses diversos da emissão dos documentos.*

**Pede-se:**

- a) que seja entregue ao autuado cópia dos DANFe relacionados às fls. 109 a 114;*
- b) que seja intimado o autuado para apontar as notas fiscais constantes do demonstrativo acima (fls. 109 a 114) que se encontram registradas em seus livros fiscais;*
- c) que em relação as notas não registradas seja elaborado novo demonstrativo de débito.*

*Infração 06 – 07.15.01*

*“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Deixou de fazer a antecipação parcial de mercadorias tributadas nas aquisições interestaduais”.*

*O autuado alega que se trata de aquisições interestaduais de aparelhos de telefone celular, situação esta em que é feita a antecipação total do imposto, não sendo devida a antecipação parcial.*

*O autuante informa que se tratam de aquisições de mercadorias no CFOP 2102 e que não se tratam de mercadorias inclusas na antecipação tributária, lembrando que neste item não se está exigindo imposto e, sim, aplicação de multa de 10%.*

**Pede-se:**

**a)** considerando que a acusação se refere a falta de pagamento da antecipação parcial (BC R\$52.920,88 x 17% = R\$8.996,55) enquanto que o demonstrativo de fl. 115 se refere a "Demonstrativo do cálculo da multa devida a falta da Antecipação Parcial do ICMS devido" (R\$8.996,55), que seja esclarecido a que se refere a acusação, falta de pagamento do imposto ou de multa em decorrência da falta deste pagamento;

**b)** que sejam apensados aos autos cópia das notas fiscais indicadas no demonstrativo de fl. 115, esclarecendo, ainda, a sistemática de cálculo utilizada neste demonstrativo.

Infração 07 – 07.01.01

*“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Deixou de fazer a antecipação tributaria nas aquisições interestaduais de mercadorias inclusas na substituição tributária”.*

A autuada alega que os pagamentos foram realizados em consonância com as competências referentes às entradas das mercadorias em seu estabelecimento, "conforme demonstrações anexa".

**Pede-se:** considerando que o autuado apenas alegou a realização dos pagamentos porém não carreou aos autos qualquer comprovação, intimar o mesmo para que apresente os comprovantes de pagamentos ditos realizados, relacionados aos demonstrativos de fls. 116 a 120, devendo ser apresentado, ainda pelo autuado, as planilhas dos cálculos que elaborou para efeito de pagamento do imposto, com identificação de cada documento fiscal. Elaborar novos demonstrativos se necessário.

Infração 08 – 06.02.01

*“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Deixou de fazer o recolhimento do diferencial de alíquota devido na aquisição de material de uso e consumo em outras unidades da federação”.*

A defesa alega que não conseguiu identificar a origem da cobrança, enquanto que o autuante informa que o lançamento está plenamente identificado às fls. 121 a 123.

**Pede-se:** que sejam juntadas aos autos cópia das notas fiscais elencadas nos mencionados demonstrativos, as quais deverão ser entregues sob recibo ao autuado.

Infração 09 – 02.01.01

*“Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS devido a escrituração a menor que o destacado nas notas fiscais eletrônicas informado pelo Contribuinte”.*

A defesa alega que as operações listadas no demonstrativo de fls. 124 e 125 se referem a devoluções de mercadorias enquadradas na ST, para fora do Estado, onde no estado de destino não existe acordo interestadual, sendo a tributação portanto, sob o regime normal. Já o

autuante informa que as NFe foram emitidas com o imposto destacado porém foram lançadas no livro RS sem incidência do imposto.

**Pede-se:** Que sejam juntadas aos autos, cópias, por amostragem, das operações referentes ao mês 07/2011 que tratam dessas devoluções, com as respectivas vinculações às notas de entrada (juntar cópia) esclarecendo o tratamento tributário dado pelo autuado em ambas às operações (entradas e saídas/devoluções).

Solicita-se, ainda, que seja entregue ao autuado e ao seu patrono, cópia desta solicitação de diligência e do seu resultado, **com reabertura do prazo de defesa**.

Após conclusos, os autos deverão retornar ao CONSEF para fim de continuidade à sua instrução e posterior julgamento”.

O processo foi encaminhado ao auditor fiscal João Carlos Ribeiro Filho, estranho ao feito, pela Infaz Varejo, o qual, em atendimento ao solicitado, apresentou o seguinte resultado, fls. 375 a 377:

“O Auditor Fiscal Revisor acima identificado, tendo sido designado para atender a diligência solicitada pelo Egrégio Conselho de Fazenda Estadual (fls. 371/372), informa as seguintes ocorrências:

#### Infração 05

Em relação a esta infração, informo que não foi possível realizar a intimação determinada pelo Conseg, pelos seguintes motivos:

- a) O autuado não foi localizado no endereço cadastrado e, segundo informações colhidas no local, não mais exerce suas atividades comerciais;
- b) Os advogados, representantes do autuado, renunciaram ao mandato, conforme carta de notificação com cópia anexa;
- c) O contador cadastrado também informou que não mais presta serviço ao autuado.

Após as tentativas frustradas de intimar o autuado, de forma pessoal e direta, o processo será devolvido à Repartição Fazendária, juntamente com os documentos anexos à intimação, para que se adote os demais procedimentos previstos no RPAF para sua efetivação.

#### Infração 06

A base de cálculo da multa foi consignada distorcidamente no auto de infração, em consequência do enquadramento indevido da irregularidade apurada pelo autuante, conforme demonstrativo de fls. 115. Por se tratar de multa por falta de antecipação parcial, conforme descrito no referido demonstrativo, juntamente com a informação fiscal de fls. 357, caberia a classificação da infração no código 07.01.03 (ICMS não antecipado, com saída posterior tributada), quando da lavratura do AI, por meio do SEAI, e não no código 07.15.01 (ICMS não Antecipado), como consta efetivamente do processo.

A infração código 07.01.03, apresenta o seguinte texto padrão: “Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.”, portanto, seria o mais indicado para o item em questão.

As cópias das notas fiscais (danfes) indicadas no demonstrativo de fls. 115 serão anexadas a seguir, passando a compor o presente processo. Quanto à sistemática de cálculo utilizada no referido demonstrativo, após análise dos documentos e da respectiva planilha, concluo que o autuante assim procedeu:

A partir das notas fiscais de entradas registradas no Sped Fiscal da empresa, o autuante selecionou os itens agrupados sob o CFOP 2102 sem indicação de antecipação tributária. A filtragem, considerando a ausência de recolhimento a título de antecipação tributária total ou

parcial, sob os códigos 1145 e 2175, no período fiscalizado, indicou as referidas notas fiscais que embasaram a aplicação da multa.

O cálculo da multa foi efetuado da seguinte forma:

*Demonstrativo Aritmético do Cálculo da Multa*

A) Soma da base de cálculo das mercadorias constantes das notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 115, registradas na escrita fiscal da empresa (Sped Fiscal) sob o CFOP 2102	.....	R\$ 166.780,00
B) Margem de valor agregado aplicável ao produto, conf. item 38 do Anexo 88 do RICMS/1997 (1+0,1557)	.....	1,1557
C) Redução da base de cálculo conf. inc. XXIV do art. 87 do RICMS/1997 (1-[17-12]/17)	.....	0,7059
D) Alíquota interestadual	.....	0,12
E) Alíquota interna	.....	0,17
F) Créditos fiscais sobre operações anteriores (A x C x D)	.....	R\$ 14.127,60
G) Débitos calculados sobre operações sujeitas à substituição tributária (A x B x C x E)	.....	R\$ 23.130,30
H) Valor do ICMS referente à substituição tributária (G - F)	.....	R\$ 9.002,70
I) Valor correspondente à soma da coluna “Valor Operação” constante do Registro de Entradas da empresa (A +H)	.....	R\$ 175.782,70
J) Diferença de alíquota ref. antecipação parcial (E - D x C)	.....	0,0853
L) Valor do ICMS devido ref. antecipação parcial (I x J)	.....	R\$ 14.994,26
M) Valor da multa aplicada (60%), conf. art. 42, Inc. II, al. "d", da Lei 7014/1996 (L x 0,6)	.....	R\$ 8.996,55

*Obs.: Os itens de “A” a “I” representam os prováveis cálculos efetuados pela empresa para determinar os valores lançados na coluna “Valor Operação” do Registro de Entradas, ainda que, de forma equivocada, pois, aplicou redução da base de cálculo nos valores correspondentes aos créditos fiscais. Com base nesses valores, o autuante efetuou os cálculos demonstrados a partir do item “I”, corrigindo a distorção verificada nos cálculos da empresa, e aplicando a multa sobre o valor que deveria ter sido efetivamente recolhido a título de antecipação parcial, conforme indicado no item “L” (R\$ 14.994,26), sendo este o valor correto da base de cálculo da multa referente à Infração 06, constante do AI.*

*Infração 07*

*Vale a mesma informação relativa à infração 05.*

*Infração 08*

*Este item da diligência foi cumprido parcialmente, visto que, as notas fiscais elencadas no demonstrativo de fls. 121 a 123, estão sendo juntadas aos autos, conforme solicitação do Consef, todavia, não foram entregues diretamente ao autuado pelo mesmo motivo descrito no tópico da infração 05. As demais tentativas de intimação serão efetivadas na forma regulamentar.*

*Infração 09*

*Quanto a este item, constatei que as notas fiscais elencadas no demonstrativo de fls. 124 e 125 se referem a operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária - telefones celulares -, portanto, com tributação antecipada. O autuado não utiliza os créditos destacados nas notas fiscais de entradas, nem se debita por ocasião das saídas dessas mercadorias. Nos casos de devolução, os créditos são destacados a fim de possibilitar a sua utilização pelos fornecedores localizados em estados não conveniados. O autuado não informa os motivos das devoluções nas notas fiscais de sua emissão, no entanto, é possível inferir que determinada nota de saída não está vinculada a uma nota de entrada específica, mas, ao estoque de mercadorias relativo a uma série de aquisições realizadas anteriormente.*

*Seguem cópias de notas fiscais relativas a tais operações, conforme solicitado pelo CONSEF.*

*Por fim, seguem anexos os documentos solicitados, devendo, em seguida, a REPARTIÇÃO FISCAL intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, cópia do encaminhamento desta diligência e dos documentos fiscais apensados, com indicação do prazo de atendimento, conforme orientação do CONSEF”.*

À fl. 380 consta documento intitulado “Notificação de Renúncia”, através da qual os advogados constantes da procuração inicial, comunicam ao autuado sua renúncia aos poderes que lhes foram outorgados para defender seus direitos e interesses em relação ao presente processo, enquanto que, à fl. 421, consta cópia de procuração onde o autuado constitui novos patronos para defender seus interesses.

Em 29 de março de 2016, o autuado, por intermédio de novos patronos, ingressou com “**Impugnação Complementar**”, fls. 424 a 435, destacando inicialmente que foi intimada, na data de 29/01/2016 (sexta-feira), a se pronunciar sobre o resultado da diligência fiscal realizada, onde consta expressamente que o prazo para sua manifestação (impugnação complementar) é de 60(sessenta) dias, a contar da data de recebimento. Com isso, diz que o referido prazo somente se exaurirá em 31/03/2016 (quinta-feira), de modo que é rigorosamente tempestiva a presente **impugnação complementar**.

Após efetuar uma síntese da autuação e do curso processual, adentra à análise da diligência fiscal realizada, onde rebate o argumento anterior de que o Auto de Infração é nulo por inobservância a formalidade essencial.

Dizendo que, apenas para rememorar, a nulidade diz respeito à ausência de visto da Autoridade Lançadora, rubricas nas páginas do auto de infração e mesmo indicação clara e precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos, enquanto que a saída buscada pelo Fisco foi apenas alegar que “*se trata de uma via para conhecimento da autuada*”. Ora, é mais do que sabido que a via do lançamento/auto de infração entregue aos contribuintes deve ser idêntica à original constante nos autos. Não fosse assim, abrir-se-ia uma prerrogativa perigosa aos Auditores Fiscais, a quem se permitiria elaborar dois documentos absolutamente distintos, a depender de quem seja o destinatário: o sujeito passivo ou os autos do processo, com isso sustenta que não procede, a assertiva fiscal.

Na sequência diz que o autuante busca contraditar a alegação de que houve indevido arbitramento das bases de cálculo do ICMS exigido no auto de infração e que, para tanto, afirma somente que o demonstrativo sintético anexo à autuação (fl. 94) é suficiente para esclarecer toda a metodologia utilizada para a delimitação dessas bases. Sustenta em seguida que o documento de fl. 94 nada mais é do que uma relação de Notas Fiscais e que não existem ali os elementos e a lógica que o autuante afirma serem intuitivamente aferíveis da planilha.

Afirma que a prova de que nada é tão óbvio quanto diz o autuante é que, em sua explicação, acaba fazendo menção a várias páginas dos autos para tentar vincular documentos com informações distintas, tratando como óbvia uma amarração nada simples. Portanto, permanece o questionamento e, mais ainda, opõe-se ao procedimento do autuante o fato de que não havia fundamento para a adoção dessa técnica, muito menos justificativa.

Especificamente quanto à infração 03, pontua que o autuante apenas se restringe a afirmar que o objeto de análise foram notas fiscais eletrônicas, razão pela qual a menção a seus dados em planilha seria suficiente. Neste ponto, sustenta que a afirmação dispensa contradita, pois é certo que não é assim.

Em relação a infração 04 diz que o autuante se esquia de enfrentar o tema (redução da multa aplicada), afirmando que não tem competência para tanto, cuja assertiva não possui tanta relevância porque, em verdade, este órgão julgador administrativo tem a prerrogativa de atender ao pleito do contribuinte, como se vê da Lei nº 7.014/96, Art. 42, § 7º, o qual transcreveu, sustento que no presente caso, se aplica à autuante o benefício pois, ainda que se conclua pela ocorrência da infração, é fato que em momento algum se lê no auto de infração qualquer referência a dolo

do sujeito passivo em fraudar o erário.

No tocante a infração 05 diz que o autuante apenas repete o que disse anteriormente a respeito da (des)necessidade de juntada aos autos das Notas Fiscais referentes às infrações, e que, limitou-se a fazer menção à planilha 05 que acompanha a autuação, documento que é claramente insuficiente à respaldar o trabalho fiscal e não confronta, por exemplo, a jurisprudência que invocou, a qual permanece aqui suscitada.

A respeito da infração nº 09, menciona que o autuante rebate com ironia, mas sem se explicar, por isso, insiste no esclarecimento: a operação não está sujeita à tributação nos moldes descritos no auto de infração.

Após estas considerações diz que ainda existem outras que merecem ser expostas ou reforçadas. Neste rumo, passa a discorrer daquilo que intitula como “*erros patentes na capitulação legal das infrações e respectivas penalidades*”.

Assim, sustenta que o autuante ao definir a penalidade referente à infração nº 01, fundamenta pesada multa de 150% prevista pelo Art. 42, inc. V, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, que considera confiscatória, além de que, em momento algum, no Auto de Infração, se lê que o caso aqui é de tomada de crédito sem a entrada da mercadoria, real ou simbolicamente, no estabelecimento.

Pontua que o autuante diz apenas que, em sua investigação, não identificou o recolhimento do imposto que ensejaria o devido creditamento, portanto, o fato não se subsume à norma invocada, o que tem reflexo direto na fixação da pena correspondente à infração que, nesta hipótese, não poderia nunca ser uma multa de 150%, e, longe disso, a situação, tal como descrita pelo autuante atrairia, quando muito, a norma do inciso VII, alínea “a”, do mesmo art. 42, multa de 60%.

Em seguida diz que o mesmo se deu quanto à infração nº 02, onde também se aplicou multa por conduta que não restou efetivamente tipificada pelo autuante. Deveras, a penalidade aplicada teve por fundamento o art. 42, inc. III, da já referida Lei nº 7.014/96, no entanto, esse artigo abrange uma série de diferentes condutas, cada uma com características próprias, transcrevendo-as em seguida, e destaca que são sete condutas distintas, o que atrai o dever da Fiscalização de bem enquadrar os atos do contribuinte em uma delas, caso contrário, é falha a imputação da penalidade, lembrando que a situação narrada pela autoridade fazendária é de tributo não pago, mas declarado em DMA, mero inadimplemento, portanto, o que não se encaixa em qualquer das hipóteses delineadas pela norma.

A respeito da infração nº 05, diz que há que se atentar para algo relevante. Originalmente, o autuante fundamentou a aplicação de penalidade nas disposições do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Até 2015, o percentual fixado por esse dispositivo era de 10% (dez por cento). Acontece que, em dezembro do ano passado, a Lei nº 7.014/96 foi objeto de alteração que alcançou, entre outras previsões, justamente o inciso IX do art. 42, sendo reduzida para o patamar de 1%. Desta forma, sustenta que é inequívoco que se há de fazer valer aqui a regra nova, sob pena de afronta direta ao art. 106 do Código Tributário Nacional.

Em seguida, advoga ser imperioso cancelamento ou, ao menos, reduzir as multas impostas, ante a ausência de dolo nas condutas tidas por infracionais.

Nesta ótica, cita que o próprio autuante ressalta que a DMA entregue regularmente foi a fonte de obtenção de informações suficientes à lavratura do Auto de Infração, sendo que, contribuinte que quer fraudar, não informa o que deve, sustentando em seguida que disso tudo, o que se extrai é que nenhuma das imputações contidas no Auto de Infração apresenta sequer indícios de dolo por sua parte no sentido de se esquivar do cumprimento de suas obrigações tributárias ou de se enriquecer à custa do Estado, destacando que não houve, intuito evasivo, o excesso da penalidade é gritante.

Pontua que a legislação do Estado da Bahia dá solução para situações como a presente, de modo a preservar a justiça fiscal na punição ao sujeito passivo, citando, a este respeito, o Art. 46, § 4º do COTEB, a Lei 7.014/96, Art. 42, §§ 7º e 8º, o RICMS/97 em seus artigos 915 § 6º e 918, além do RPAF/BA, Art. 158. Com isso, considera justo o cancelamento das multas impostas ou, quando

menos, a sua sensível redução.

Ao final, reitera os pedidos deduzidos em sua impugnação original e, demais disso, requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração também pelos motivos declinados nos tópicos anteriores, em especial o vício relativo ao erro na capitulação dos fatos e das penalidades aplicadas.

Subsidiariamente, seja admitida a relevação ampla das multas impostas, também pelos argumentos deduzidos alhures, e também, que todos os futuros atos de cientificação formal do contribuinte sejam dirigidos ao seu endereço (e não mais o de seu antigo patrono, originalmente informado), sob pena de nulidade.

Às fls. 647 e 648 o autuante se pronunciou acerca do resultado da diligência realizada, pontuando que a diligência feita pelo fiscal estranho ao feito acerca dos itens listados, fez uma ressalva em relação a infração 06, no tocante ao seu enquadramento, porém o valor reclamado estava correto.

Em relação aos argumentos defensivos destaca que o autuado diz que teve cerceado seu direito de ampla defesa no tocante as infrações 02, 03, 05 e 08, enquanto solicita também a nulidade do Auto de Infração em tela por inobservância de formalidades indispensáveis referente ao lançamento. E comenta as falhas na aplicação das penalidades e o equívoco no enquadramento das infrações.

Quanto a isto sustenta que estas alegações já foram rebatidas na informação fiscal anterior, não sendo apresentado nada de novo que possa modificar seu posicionamento já exposto. Com relação às infrações 05, 06, 07, 08 e 09 que motivaram o pedido de diligência, diz que alguns itens foram cumpridos pelo auditor estranho ao feito e outros não foi possível a entrega pelos motivos listados, conforme fls. 375 a 377, no entanto, para que o processo não ficasse prejudicado, fez as coletas dos DANFE solicitadas na diligência referente às infrações 05 e 07, os quais foram juntados ao processo.

Após pontuar os argumentos trazidos pela autuada, assevera que todos os questionamentos apresentados já foram rebatidos na informação fiscal anterior, entretanto, diz que vai, mais uma vez inserir algumas informações para que possam esclarecer ainda mais as infrações do auto em tela.

Assim é que, com relação à infração 02, acrescenta que a planilha de fl. 94 não se trata apenas de uma relação de notas fiscais, como relata o representante da autuada, e sim as informações prestadas pela autuada nas suas DMA entregues a SEFAZ, como já foi comentada na informação fiscal anterior.

Quanto à infração 03, à motivação do lançamento se encontra explícita às fls. 354 e 355, na informação anterior. Portanto, diz, não se trata de uma simples planilha com uma relação de notas fiscais eletrônicas e sim de uma planilha com a relação de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, todas com identificação do emitente, da base de cálculo e o ICMS destacado, fls. 420 a 521.

No que diz respeito à infração 04, sustenta que a autuada não acrescenta nada de novo, apenas diz que o Auditor Fiscal esquia-se de enfrentar o tema da redução da multa.

Em relação à infração 05 cita que esta faz parte do pedido de diligência, e que está sendo cumprida com anexação dos DANFE, conforme solicitado, ao PAF, fls. 523 a 621, e levado ao conhecimento do representante da autuada, que fazem parte da planilha, e consequentemente, atendendo um questionamento da defesa. Assim, depois de cumprida à solicitação, diz que esta infração fica inquestionável para a defesa e para esta Junta. E quanto a argumentação que a maioria das notas fiscais foram lançadas em uma outra data, não procede, já que realizou nova verificação e foi detectado que três notas fiscais lançadas no seu RE coincidem com o numero das notas que fazem parte da planilha, mas estas notas são de fornecedores diferentes e Estados também diferentes. Portanto, afirma, sem nenhuma chance de êxito com relação a essa arguição.

No tocante à infração 09, sustenta que a alegação de que esta operação não está sujeita a tributação nos moldes definidos no Auto de Infração, não encontra respaldo, já que neste tipo de

operação de devolução de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o destaque do ICMS nas notas fiscais é obrigatório e os valores levados a tributação normalmente, e o seu resarcimento é feito através de estorno de débito no RAICMS, como determina o art. 368 do RICMS, ver folha 623. Portanto o ICMS destacado nas notas fiscais de devoluções são devidos e deveriam ser oferecido a tributação e seu crédito ser procedido através de estorno de débito no RAICMS, como esta exposto no artigo acima citado. Diz, ainda, que é este o procedimento adotado pela autuada, conforme cópia do livro RAICMS, fls. 622, onde é fácil de identificar vários créditos lançados com a rubrica de estorno de débito. Portanto, não deve prosperar o argumento defensivo.

Quanto ao item onde se questiona erros patentes na escrituração legal das infrações e respectivas penalidades, diz que exerce função vinculada e não lhe “*cabe fazer valor do que está expresso em lei*”. Com isso, sustenta que fica prejudicado o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Naquilo que se relaciona ao pedido de aplicação da retroatividade da lei mais benigna, art. 106 do CTN, entende que a alteração realizada na Lei nº 7.014/96, alcançou o inciso IX do Art. 42, onde a autuada requer a aplicação do percentual de 1%, sustenta que o efeito da alteração só é para fatos a partir da sua publicação, portanto não deve prosperar o argumento defensivo.

No que pertine ao pedido de cancelamento ou, ao menos redução das multas impostas à impugnante ante a ausência de dolo nas condutas tidas por infracionais, destaca que apesar de bem fundamentada a arguição defensiva, mas, como nas demais, não deve prosperar seu pedido, já que como explicitado, as penalidades estão expressas em lei e não lhe cabe fazer valor de que percentual é correto ou não, e que não é nesta esfera que se deve questionar os percentuais das multas, se são excessiva ou não. Com isso, considera também prejudicada a defesa neste item.

Ao final pugna pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado foi notificado para tomar ciência dos documentos de fls. 440 a 648, conforme intimação à fl. 650, tendo este, através dos seus patronos se pronunciado às fls. 653 a 657, onde após algumas considerações iniciais, adentra ao que denomina de “novo parecer fiscal” sobre o qual versa esta manifestação, afirmando que o autuante não consegue, infirmar seus argumentos.

Com isto, diz que no tocante aos equívocos na capitulação legal das infrações imputadas, limitou-se o autuante a dizer que não lhe cabe fazer juízo das normas contidas no regramento do ICMS e que não foi isso o que questionou.

Afirma que, em verdade, o que argumentou foi que o Auto de Infração apresenta sérias falhas na tipificação das condutas, uma vez que estas não se compatibilizam com o que foi apontado no mesmo, e, mais do que isso, há insuficiência na indicação das disposições normativas, já que, em determinados casos, invocou-se genericamente dispositivo que possui inúmeros incisos, sem a eleição de nenhum deles.

Assevera que esses vícios não implicam a realização de juízo de valor a respeito da gravidade ou punibilidade da conduta, trata-se de questão objetiva, que se refere à descrição da conduta em si e a precisão na sua vinculação a determinada norma, afirmando que o problema é de técnica, não de apreciação.

Sobre a aplicação retroativa de norma punitiva menos severa, aponta que o autuante apenas diz que não lhe cabe aplicá-la, pela mesma razão mencionada acima: a impossibilidade de promoção de juízo de valor sobre as condutas autuadas, entretanto, mais uma vez se equivoca o autuante, já que aplicação de norma decorre da análise de elementos objetivos e da adoção de técnicas jurídicas estabelecidas há muito. Neste caso específico, a regra hermenêutica segundo a qual se deve aplicar retroativamente norma menos severa não deriva de juízo de valor, mas da observância fiel do Código Tributário Nacional, que regula o tema de maneira expressa em seu art. 106.

No que concerne ao cancelamento ou, quando menos, redução das multas impostas por inexistência de dolo, destaca que o autuante, de novo, cita que não lhe compete valorar condutas e fazer incidir normas mais brandas baseadas em elemento subjetivo. Entretanto não vê sentido

em mais uma vez rebater a assertiva, e julga mais produtivo rogar a esta Junta de Julgamento fazer valer a regra e atender ao seu pleito.

Finalmente, a respeito da caracterização das operações, seu enquadramento no regime da Substituição Tributária e da insuficiência de elementos capazes de permitir a contradita à autuação, em especial quanto à infração nº 05, destaca que o próprio autuante atestou a correção dos seus argumentos, e que basta ver que, depois de se insistir na superficialidade do procedimento de análise da sua documentação e dos erros na sua interpretação, diz agora o autuante que identificou três Notas Fiscais que se compatibilizam com sua planilha, coisa até então negada veementemente.

Ao final, reitera os pedidos deduzidos em suas impugnações (original e complementar), tendo em vista a inexistência de argumentos declinados pelo autuante capazes de desconstituir as alegações deduzidas naquelas defesas.

Em 26 de outubro de 2016, o autuante voltou a se manifestar acerca do que intitulou “*nova defesa da autuada*”, fls. 661 a 663, aduzindo que mesma o contribuinte lista alguns tópicos para tentar desqualificar o lançamento e pontua que os argumentos suscitados já foram questionadas nas impugnações anteriores e também rebatidas nas informações fiscais apresentadas por este servidor.

Diz que o que tem de novo cinge-se ao questionamento referente à sua citação de que quando foi realizada uma nova verificação nos seus livros Registro de Entradas, não ficou constatado que nenhuma nota fiscal lançada na planilha 05 teria sido lançada no seu livro Registro de Entradas e que teriam sido encontrados três notas fiscais com a mesma numeração daquelas listadas na planilha, mas elas se referiam a outros fornecedores e de outras unidades da federação. Neste ponto diz saber que é muito comum esta numeração duplicada, mas de origem e fornecedores diferentes. Cita às fls. 650 a 652.

Em conclusão diz que não devem prosperar os pedidos do Impugnante já que não faltaram argumentos nas informações fiscais prestadas e volta a pugnar pela Procedência do Auto de Infração.

O presente processo foi incluído em pauta para julgamento na sessão realizada no dia 17/05/2017, entretanto foi retirado de pauta para que fosse novamente pautado com a inclusão do nome do atual patrono.

## VOTO

Antes de adentrar ao enfrentamento das questões suscitadas nos presentes autos, esclareço que a peça intitulada “Impugnação Complementar” colacionada aos autos pelos atuais patronos do autuado, não se refere, a rigor, de impugnação complementar, até porque não existe previsão para tal procedimento, após decorridos o prazo legal para impugnação. Em verdade, se refere a pronunciamento acerca da informação fiscal prestada pelo autuante e, como tal, será recepcionada e considerada.

Isto posto, de início, passo a enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, a partir da sua peça inicial de impugnação.

A primeira delas refere-se ao pedido de nulidade do Auto de Infração em razão de que as cópias que lhe foram entregues não continham os vistos de saneamento e da autoridade fazendária, além de folhas sem numeração e sem rubrica do órgão preparador. Para fundamentar seu pedido invocou os Arts. 12, 19, 28 § 3º inciso VI e 39 incisos III e V “a” do RPAF/BA.

Não acolho o pedido acima. Isto porque, os dispositivos regulamentares acima mencionados foram todos atendidos pelo autuante conforme pode se constatar através das peças originais que integram os autos. Os “vistos” se referem apenas a questões administrativas, de ordem interna, no tocante ao registro do Auto de Infração, e foram plenamente atendidas, bem como os requisitos previstos nos mencionados artigos. Afasto esta nulidade suscitada.

Ainda em preliminar o autuado suscita a nulidade das infrações 02, 03, 05 e 08, por cerceamento ao direito de defesa, insegurança na determinação da infração e arbitramento da base tributável.

Assim, quanto a infração 02, a acusação está posta nos seguintes termos: “*Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS no total de R\$72.274,41 referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS devido relativo a vendas de mercadorias tributadas, calculando o valor aplicando a proporcionalidade tomando por base as informações prestadas pelo contribuinte na sua DMA*”. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96”.

Diz o autuado, “*que foi apresentado apenas um demonstrativo sintético da apuração, supostamente com base nas DMA, representando, em verdade, um irregular arbitramento sobre as informações das vendas, não representando a real movimentação declarada pela empresa e sem dados relativos a débitos, créditos, saldos etc. Além disso, consta no mesmo demonstrativo sintético informações de supostas vendas por cartões, sem as devidas comprovações, acrescentando que até mesmo suposta proporcionalidade não foi demonstrada, impedindo-lhe de exercer o seu direito de defesa*”, enquanto que o autuante ponderou que o lançamento foi efetuado com base na planilha de fl. 94 para encontrar a base de cálculo e aplicar a alíquota de 12% e determinar o ICMS devido.

Isto posto, analisando o demonstrativo de fl. 94, tem-se, de forma exemplificativa, que a apuração referente ao mês de janeiro/2011 (igual aos demais meses), obedeceu ao seguinte: Vendas totais apuradas com base na DMA consolidada: R\$490.647,18; saídas tributadas R\$68.056,90; proporcionalidade 0,138708; operadoras de cartão crédito/débito: R\$1.089.742,17; diferença apurada R\$599.094,99; base de cálculo proporcional R\$83.099,53 x 0,12% = ICMS devido R\$9.971,94.

Com efeito, à luz do quanto acima exposto, vejo que a acusação correta deveria ter sido a exigência de imposto com base na presunção de ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, com base no Art. 4º, § 4º, inciso VI “b” da Lei nº 7.014/96. E, para que isto ocorresse, o levantamento deveria ter sido efetuado através do confronto diário das informações apresentadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito com os cupons fiscais, na modalidade débito / crédito para se chegar a eventuais divergências. Desta maneira, deveria ter sido entregue ao autuado os relatórios TEF diários para que este pudesse efetuar os confrontos respectivos com segurança, o que não aconteceu.

Ao contrário do quanto acima explicitado, o autuante efetuou um confronto mensal entre as informações ditas contidas nas DMA com as prováveis informações apresentadas pelas instituições de crédito, sem sequer apresentar tais elementos, enquanto o correto, conforme já dito, deveria ter procedido o levantamento com base nos TEF diários, com a respectiva entrega ao autuado, a fim de que este pudesse se defender adequadamente. Desta maneira, vejo que a forma adotada pelo autuante para chegar ao resultado obtido e exposto à fl. 94, é totalmente inadequada na medida em que ao confrontar os valores ditos informados, mensalmente e não diariamente, pelas administradoras de cartões de crédito e de débito com o montante mensal constantes nas DMA consolidadas, o autuante está admitindo que todas as operações realizadas pelo autuado ocorreram apenas com pagamentos realizados através de cartões de débito e/ou crédito, ou seja, admitiu que não houveram pagamentos em espécie ou através de cheque.

Em relação ao exercício de 2012, o autuante considerou as saídas totais do exercício constante da DMA consolidada e as comparou com o total anual das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito para chegar ao valor reclamado.

Em vista disto, entendo que assiste razão ao autuado ao pugnar pela nulidade da infração 02 pois o método utilizado pelo autuante para efetuar o lançamento configura flagrante cerceamento ao direito de defesa e, por igual, denota total insegurança na determinação da base de cálculo.

Infração 02 nula, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

A infração 03 trata de falta de recolhimento do imposto referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. A apuração do imposto ocorreu com base na planilha 03, fls. 94 a 98.

O autuado requereu a nulidade desta infração sob a alegação de que persiste o problema de demonstração e comprovação da ocorrência, não tendo sido sequer apresentado as notas fiscais que não teriam sido lançadas. O autuante, por sua vez, diz que as notas não lançadas estão discriminadas na planilha 03, fls. 94 a 98 e se tratam de notas fiscais eletrônicas obtidas através do cruzamento entre as notas fiscais eletrônicas informadas pelo próprio autuado e aquelas que constam registradas em seus livros fiscais.

Adiante, à fl. 647v, o autuante em novo pronunciamento cita que os DANFE relativos às notas fiscais eletrônicas não escrituradas foram juntadas aos autos conforme fls. 420 a 521, os quais foram entregues ao autuado, conforme intimação à fl. 650 e 651, tendo o mesmo, através de seus patronos se pronunciado a respeito das mesmas.

De fato, a planilha 03, elaborada pelo autuante, e que serviu de parâmetro para execução do lançamento, informa, detalhadamente, as notas fiscais não registradas, inclusive seus números e a chave de acesso, dados estes que, aliados a entrega dos DANFe, serem suficientes para que a defesa se pronunciasse sem qualquer dificuldade ou obstáculo. Desta maneira, afasto o pedido de nulidade da infração 03 pois não restou configurado cerceamento ao direito de defesa e, tampouco, arbitramento da base de cálculo.

Quanto a infração 05, também objeto de arguição de nulidade, trata de penalidade pela falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis. Neste item, o autuado alegou que não lhe foram entregues ou apresentadas as notas que não teriam sido escrituradas, não existindo, destarte, base legal para imposição da penalidade.

O autuante contestou o argumento defensivo, citou que as notas não registradas estão relacionadas na planilha 05, fls. 109 a 114. Adiante, em seu pronunciamento à fl. 647, diz que em atendimento ao solicitado em diligência fiscal, efetuou juntada aos autos dos DANFE relativos a tais notas fiscais, os quais foram entregues ao autuado o qual se pronunciou acerca dos mesmos.

De maneira que, tal como no item anterior, neste aspecto afasto a arguição de nulidade desta infração.

A infração 08, que se refere a falta de pagamento de diferença de alíquota referente ao mês de agosto/11, também foi objeto de pedido de nulidade ao argumento de que não conseguiu identificar a origem da cobrança.

O autuante pontuou que de acordo com o constante às fls. 121 a 123, o autuado teria que efetuar o recolhimento referente ao mês de agosto no valor de R\$12.235,00 porém só o fez no valor de R\$625,00 resultando na diferença devida na ordem de R\$11.610,00.

De fato, analisando os demonstrativos de fls. 121 a 123, vejo que a exigência está demonstrada com clareza, possibilitando o exercício pleno da defesa, inexistindo razão para nulidade do lançamento. Afasto, portanto, este argumento defensivo.

Quanto aos argumentos defensivos de que ocorreram erros patentes na capitulação legal das infrações e respectivas penalidades, estes fatos, acaso existentes, não são motivadores de anulação do lançamento, posto que não estão incluídos no rol das nulidades previstas pelo Art. 18, incisos I a IV do RPAF/BA. Quanto as questões das multas, serão adiante enfrentadas.

Passo, agora, ao exame do mérito da autuação.

A infração 01 trata de utilização indevida de créditos fiscais no valor de R\$2.671,55 relativamente a devolução de vendas de mercadorias realizadas para vendas fora do estabelecimento, sem que tenha ocorrido o lançamento do débito por ocasião das saídas (remessas). As notas fiscais que deram causa à autuação, estão discriminadas na planilha 01, fl. 93, cuja cópia foi entregue ao autuado.

Em sua defesa o autuado se limitou a dizer que possui condições parciais de combater o lançamento e que tentará encontrar a documentação fiscal pertinente, para posterior juntada, acaso a encontre. Nas demais intervenções realizadas, o autuado não trouxe outros argumentos quanto a esta infração.

De acordo com o demonstrativo de fl. 93, o lançamento está indicado com precisão e caberia ao autuado, com base nas notas fiscais nele contidos, trazer elementos que o desconstituíssem, o que não ocorreu.

Quanto a multa aplicada no percentual de 150%, questionada pelo autuada, através de seus patronos, vejo que se trata de glosa de crédito decorrente de mercadorias enviadas para venda fora do estabelecimento, sem que tivesse ocorrido o débito respectivo por ocasião das saídas. À luz do quanto consta dos autos, não restou comprovado que houve, efetivamente o ingresso dessas mercadorias no estabelecimento do autuado, razão pela qual, a penalidade aplicada é a prevista pelo Art. 42, inciso V “b” da Lei nº 7.014/96 e não a prevista pelo inciso VII do mesmo artigo (60%) pleiteado pela autuada.

Em vista disto, mantenho a infração 01.

Infração 03 reclama crédito tributário no valor de R\$58.459,64 referente a notas fiscais eletrônicas não lançadas pelo autuado em seu livro Registro de Saídas. Tal apuração ocorreu em conformidade com a planilha 03, fls. 95 a 99.

O autuado diz que não entendeu a motivação da autuação e afirma que a auditoria fiscal apenas se restringiu em afirmar que o objeto da análise foram notas fiscais eletrônicas e que a menção a seus dados seria suficiente para o lançamento.

Da análise das peças que se encontram nestes autos, entendo assistir razão ao autuante. Isto porque, a apuração ocorreu através do cruzamento das notas fiscais eletrônicas informadas pelo autuado com aquelas que foram lançadas em sua escrita fiscal, tendo, em função disto, identificado as notas fiscais que estão devidamente selecionadas às fls. 95, 99, com numeração, data de emissão, chave de acesso e respectivo valor. Aliás, quando da informação fiscal, o autuante trouxe aos autos todos os DANFE relacionados à infração 03, fls. 440 e seguintes, os quais foram entregues ao autuado, o qual não se pronunciou objetivamente quanto as mesmas.

A este respeito, vejo que as notas fiscais eletrônicas foram emitidas pelo próprio autuado, estão identificadas e comprovadas nos autos e, nesta condição, caberia ao autuado esclarecer o motivo da não escrituração ou que porventura foram escrituradas, fatos estes não ocorridos.

Diante destes fatos, julgo procedente a infração 03.

A infração 04 trata de penalidade no valor de R\$31.155,84 em face de emissão de nota fiscal modelo 1 ou 1-A em substituição a nota fiscal eletrônica, cuja penalidade foi aplicada com base no Art. 42, inciso XXVI da Lei 7.014/96. A apuração teve como origem a planilha 04, fls. 100 a 107.

O autuado argumentou que a multa de 2% aplicada para cada operação se afigura inteiramente desproporcional, visto que a obrigação principal não foi afetada. Em vista disto solicita que seja reduzida em 90%, e cita duas decisões do CONSEF a este respeito, as quais considera que dão sustentação ao seu pedido. O autuante manteve a penalidade em sua inteireza.

Em primeiro lugar não considero que as decisões mencionadas pelo autuado sirvam de parâmetro para respaldar seus argumentos, visto que a primeira se relaciona a emissão de cupons fiscais, o que não é o caso, e a segunda se reveste de decisão não unânime o que denota a falta de consenso para esta decisão.

Entretanto, por outro ângulo, analisando a planilha 04, fls. 100 a 107, verifico que as ocorrências ali descritas se relacionam aos meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2011 e se referem a “*Relação de notas fiscais Modelo 01 emitidas após emissão da Nota Fiscal Eletrônica*”.

Ora, a partir desta informação trazida pelo autuante, tem-se que a nota fiscal modelo 01 foi emitida após a emissão da nota fiscal eletrônica e não em substituição a nota fiscal eletrônica conforme consta na acusação, portanto, fica configurado flagrante conflito entre acusação e apuração. Aliás, a data de ocorrência consignada no Auto de Infração se refere a 31/12/2011 diferentemente dos meses indicados na planilha 04, que são julho a outubro/2011.

Em vista dos fatos acima, considero que não subsiste a infração 04, a qual julgo improcedente.

A infração 05 trata de penalidade no valor de R\$35.800,96, equivalente ao percentual de 10% aplicado sobre aquisições de mercadorias tributáveis não escrituradas no livro Registro de Entradas, tomando por base informações de notas fiscais eletrônicas informadas pelos fornecedores do autuado. O lançamento tomou por base a planilha 05, fls. 109 a 114.

O autuado questiona a não apresentação das notas fiscais e que de acordo com a numeração constante da planilha, “consegui identificar que se encontram quase que totalmente lançadas”, juntando, a título de comprovação, cópia do seu livro Registro de Entradas. Neste sentido afirma que muitas das notas fiscais foram lançadas em meses diversos da data da emissão. Solicitou revisão deste item.

O autuante manteve a penalidade citando que o CFOP das aquisições é o 2102 enquanto que o autuado não juntou qualquer elemento de prova para descharacterizar este CFOP e, com certeza não se trata de mercadorias incluídas na antecipação tributária e que, mesmo que assim estivesse enquadrada, a multa seria de 10%.

O presente processo foi convertido em diligência para que fossem, em relação a esta infração 05, adotadas as seguintes providências:

- a) que seja entregue ao autuado cópia dos DANFe relacionados às fls. 109 a 114;
- b) que seja intimado o autuado para apontar as notas fiscais constantes do demonstrativo acima (fls. 109 a 114) que se encontram registradas em seus livros fiscais;
- c) que em relação as notas não registradas seja elaborado novo demonstrativo de débito.

A este respeito, o executor da diligência assim se posicionou:

*Em relação a esta infração, informo que não foi possível realizar a intimação determinada pelo Conseg, pelos seguintes motivos:*

- a) O autuado não foi localizado no endereço cadastrado e, segundo informações colhidas no local, não mais exerce suas atividades comerciais;
- b) Os advogados, representantes do autuado, renunciaram ao mandato, conforme carta de notificação com cópia anexa;
- c) O contador cadastrado também informou que não mais presta serviço ao autuado.

*Após as tentativas frustradas de intimar o autuado, de forma pessoal e direta, o processo será devolvido à Repartição Fazendária, juntamente com os documentos anexos à intimação, para que se adote os demais procedimentos previstos no RPAF para sua efetivação.*

A este respeito, através de pronunciamento do autuante à fl. 647v, foram juntados aos autos os DANFE relacionados a esta infração, fls. 523 a 621, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme documentos de fls. 650 a 651, o qual, ao se pronunciar disse que o próprio autuante identificou três notas fiscais que se compatibilizam com sua planilha, ressalvando, porém, que se tratam de fornecedores e entidades federativas diferentes.

Feitas as ponderações acima, passo a decidir.

Analisando os DANFE de fls. 523 a 621, vejo que se tratam de mercadorias tributáveis. Nesta condição, o Art. 42, inciso IX, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, previa aplicação de uma penalidade equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Apesar do autuado ter recebido cópia desses documentos fiscais e juntado aos autos cópia do seu livro RE, não apontou o efetivo registro de qualquer dos documentos fiscais que deram causa à autuação. A questão relativa a coincidência de numeração em três dos documentos fiscais restou comprovada que se tratam de notas fiscais emitidas por outros fornecedores, portanto em nada afetam o lançamento.

Por outro lado, o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96, utilizado pelo autuante, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, cuja redação atual passou a ser:

*IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Diante disto assiste razão ao autuado ao pleitear a aplicação da penalidade em patamar inferior àquela aplicada pelo autuante, à luz do Art. 106, II “c” do CTN, ou seja:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II – Tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

Desta maneira, com fulcro na norma legal acima, julgo a infração 05 procedente, porém com adequação do valor à regra nova, adequando a penalidade para o valor de R\$35.800,99.

A infração 06 está posta nos seguintes termos: ““Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$8.996,55 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Deixou de fazer a antecipação parcial de mercadorias tributadas nas aquisições interestaduais”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O valor acima foi calculado de acordo com a planilha 06, fl. 115, intitulada de “Demonstrativo do cálculo da multa devido a falta da Antecipação Parcial do ICMS devido”.

A defesa, alegou que o valor lançado é indevido vez que se reporta a aquisições interestaduais de aparelhos de telefone celular, hipótese em que efetua a antecipação tributária total. O autuante, por sua vez, destaca em sua informação fiscal, fl. 357, que aquilo que se exige é multa por falta de escrituração e não imposto.

Tendo em vista a existência do conflito acima, este item foi incluído no pedido de diligência com a seguinte solicitação: “considerando que a acusação se refere a falta de pagamento da antecipação parcial (BC R\$52.920,88 x 17% = R\$8.996,55) enquanto que o demonstrativo de fl. 115 se refere a "Demonstrativo do cálculo da multa devido a falta da Antecipação Parcial do ICMS devido" (R\$8.996,55), que seja esclarecido a que se refere a acusação, falta de pagamento do imposto ou de multa em decorrência da falta deste pagamento; considerando que a acusação se refere a falta de pagamento da antecipação parcial (BC R\$52.920,88 x 17% = R\$8.996,55) enquanto que o demonstrativo de fl. 115 se refere a "Demonstrativo do cálculo da multa devido a falta da Antecipação Parcial do ICMS devido" (R\$8.996,55), que seja esclarecido a que se refere a acusação, falta de pagamento do imposto ou de multa em decorrência da falta deste pagamento”.

Em atendimento, o autor da diligência inicialmente esclareceu que a base de cálculo da multa foi consignada distorcidamente no Auto de Infração, pelos motivos postos à fl. 375 e em seguida elaborou o demonstrativo aritmético do cálculo, fl. 376, na forma abaixo:

A) Soma da base de cálculo das mercadorias constantes das notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 115, registradas na escrita fiscal da empresa (Sped Fiscal) sob o CFOP 2102	.....	R\$ 166.780,00
B) Margem de valor agregado aplicável ao produto, conf. item 38 do Anexo 88 do RICMS/1997 (1+0,1557)	.....	1,1557
C) Redução da base de cálculo conf. inc. XXIV do art. 87 do RICMS/1997 (1-[17-12]/17)	.....	0,7059
D) Alíquota interestadual	.....	0,12
E) Alíquota interna	.....	0,17
F) Créditos fiscais sobre operações anteriores (A x C x D)	.....	R\$ 14.127,60
G) Débitos calculados sobre operações sujeitas à substituição tributária (A x B x C x E)	.....	R\$ 23.130,30
H) Valor do ICMS referente à substituição tributária (G - F)	.....	R\$ 9.002,70
I) Valor correspondente à soma da coluna “Valor Operação” constante do Registro de Entradas da empresa (A +H)	.....	R\$ 175.782,70
J) Diferença de alíquota ref. antecipação parcial (E - D x C)	.....	0,0853
L) Valor do ICMS devido ref. antecipação parcial (I x J)	.....	R\$ 14.994,26
M) Valor da multa aplicada (60%), conf. art. 42, Inc. II, al. "d", da Lei 7014/1996	.....	R\$ 8.996,55

(L x 0,6)

Analisando os dados acima apresentados pelo auditor fiscal autor da diligência e considerando que a acusação se refere a antecipação parcial não recolhida, entendo que esta não pode subsistir. Em primeiro porque está se aplicando multa enquanto do Auto de Infração consta como indicação exigência de imposto com aplicação de alíquota e incidência multa, calculada sobre o valor também de multa.

Esta situação, por si só, já implicaria em nulidade do lançamento, entretanto, com fulcro no Art. 155, parágrafo único do RPAF/BA, avanço ao exame do mérito. Isto porque, da análise do demonstrativo acima apresentado, da lavra do auditor estranho ao feito, pode se constatar, sem dificuldade, que o autuante laborou em equívocos insanáveis na apuração do valor da pretendida multa, ao englobar no mesmo cálculo situações inerentes ao cálculo da antecipação parcial com o da antecipação total, aplicando, inclusive MVA no cálculo da antecipação parcial, e, ainda, não restou demonstrado. Ademais, as cópias dos DANFes relacionados às notas fiscais que compõem esta infração, fls. 382 a 383, estão todas com a indicação de que o ICMS foi retido na fonte por substituição tributária, descabendo, desta maneira, a exigência da antecipação parcial.

Em vista do quanto exposto, considero improcedente a infração 06.

A infração 07 refere-se a: “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$55.388,70, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Deixou de fazer a antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias inclusas na substituição tributária*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Em sua defesa a autuada alegou que os pagamentos foram realizados com base nas respectivas competências, observadas as datas das efetivas entradas das mercadorias em seu estabelecimento e requereu revisão no lançamento, enquanto que o autuante replicou dizendo que o autuado não apresentou qualquer comprovação destes pagamentos.

Submetido o item a exame através de diligência o autor declarou a impossibilidade de realizar os mesmos na forma solicitada e que após tentativas frustradas de intimar o autuado de forma pessoal e direta estava devolvendo o processo à Inspetoria Fazendária para que fossem adotadas as providências previstas pelo RPAF.

Consta à fl. 419, obtenção de vista ao processo através de uma nova representante, devidamente registrada na OAB/BA e com procuração anexa aos autos, a qual retirou cópia integral do processo, até aquela data, isto é, a partir da fl. 01 até a de nº 417, entretanto, nas novas manifestações presentes aos autos, não mais se pronunciou a respeito da infração 07.

Considerando que a planilha 07, fls. 116 a 120, demonstra claramente sobre quais notas fiscais recaíram a exigência do imposto e o autuado não apresentou elementos que pudessem desconstituir-la, julgo procedente a infração 07 no valor de R\$55.388,70.

Quanto a infração 08, “*Deixou de recolher ICMS no valor de R\$11.610,00 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Deixou de fazer o recolhimento do diferencial de alíquota devido na aquisição de material de uso e consumo em outras unidades da federação*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96”.

Neste item a autuada apenas argumentou que não conseguiu identificar a origem da cobrança. Não é isto que vislumbro estes autos. Assiste razão ao autuante quando pontuou que de acordo com o constante às fls. 121 a 123, o autuado teria que efetuar o recolhimento referente ao mês de agosto/2011 no valor de R\$12.235,00 porém só o fez no valor de R\$625,00 resultando na diferença devida na ordem de R\$11.610,00.

A planilha elaborada pelo autuante indica sobre qual nota fiscal recaiu a exigência do imposto enquanto que a defesa não se desincumbiu do ônus de refutar a acusação apesar de possuir todos os elementos necessários à essa tarefa. Mantenho a infração 08.

A infração 09 se refere a “*Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$6.044,08, no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS devido a escrituração a menor que o destacado nas notas fiscais eletrônicas informado pelo contribuinte*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96”. A apuração foi feita com base no demonstrativo de fls. 124 a 125.

Alegou a autuada que as operações listadas no mencionado demonstrativo se referem a devoluções interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, onde não existe acordo interestadual cuja tributação é pelo sistema normal, enquanto que o autuado asseverou que apesar das notas fiscais eletrônicas terem o imposto devido normalmente destacados foram registradas no livro de saídas com imposto “zero” no mês de julho/2011.

A este respeito o autor da diligência pontuou que “*Quanto a este item, constatei que as notas fiscais elencadas no demonstrativo de fls. 124 e 125 se referem a operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária - telefones celulares -, portanto, com tributação antecipada. O autuado não utiliza os créditos destacados nas notas fiscais de entradas, nem se debita por ocasião das saídas dessas mercadorias. Nos casos de devolução, os créditos são destacados a fim de possibilitar a sua utilização pelos fornecedores localizados em estados não conveniados. O autuado não informa os motivos das devoluções nas notas fiscais de sua emissão, no entanto, é possível inferir que determinada nota de saída não está vinculada a uma nota de entrada específica, mas, ao estoque de mercadorias relativo a uma série de aquisições realizadas anteriormente*”.

Ao se pronunciar o autuante destacou que neste tipo de operação o destaque do imposto nas notas fiscais é obrigatório, com os valores levados à tributação normalmente e o seu ressarcimento é feito através de estorno de débito no livro RAICMS, conforme preceitua o art. 368 do RICMS, apontando sua fl. 622 para efeito de verificação do procedimento da autuada.

Analizando os fatos acima descritos, verifico que a única cópia do livro RAICMS trazido aos autos refere-se ao mês de agosto/2011, fls. 343 e 344. Apesar dele não se referir ao período autuado, julho/2011, tem-se que as operações de devoluções escrituradas no mês de agosto – CFOP 6411, consta um débito de imposto no valor de R\$1.348,97 enquanto que o estorno de débito referente as notas fiscais emitidas com imposto substituído para fora do estado somou R\$1.915,45, conforme consta da relação de estornos trazidos aos autos pelo autuante, fl. 644. Isto significa que o procedimento da autuada, em tese, e com base na mencionada cópia do livro fiscal acima mencionado, segue a norma prevista pelo art. 368 do RICMS, apesar de que, no mês de agosto, citado a título de exemplo, o estorno do débito foi superior ao efetivamente debitado.

Por outro lado, analisando a DMA referente ao mês de julho/2011, base da autuação, consta que foi efetuado estorno de débito no valor de R\$8.091,00, conforme indicado pelo autuante à fl. 644, enquanto que as operações de devoluções somam a quantia de R\$62.845,38 lançadas como “outras saídas”, sem débito do imposto. Nesta condição, assiste razão ao autuante vez que foi efetuado estorno de débito sem que houvesse registro desse débito na escrita fiscal. Com isso, a Infração 09 é procedente.

Em relação das multas aplicadas, pontuo que, exceto as que já foram apreciadas acima, as demais, por se tratarem de penalidades por descumprimento de obrigação principal, falece competência a esta Junta de Julgamento para reduzi-las ou cancelá-las, as quais ficam mantidas por obedecerem a determinação legal.

Quanto ao pedido de que os futuros atos de cientificação formal do contribuinte sejam dirigidos ao endereço dos atuais patronos, nada impede o seu atendimento, entretanto, destaco, que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal atendem ao regramento constante no art. 108 do RPAF/BA, portanto, o seu não atendimento não acarretará em nulidade.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração de acordo com o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO				
Infração	Vlr. A. I.	Vlr. Julgado	Resultado	Multa
1	2.671,55	2.671,55	Procedente	150%
2	72.274,41	0,00	Nula	
3	58.459,64	58.459,64	Procedente	100%
4	31.155,84	0,00	Improcedente	
5	358.009,96	35.800,99	Adequação	1%
6	8.996,55	0,00	Improcedente	
7	55.388,70	55.388,70	Procedente	60%
8	11.610,00	11.610,00	Procedente	60%
9	6.044,08	6.044,08	Procedente	60%
Total	604.610,73	169.974,96		

## 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 206826.0001/14-7 lavrado contra **ARAÚJO MAIA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.173,97**, acrescido das multas de 150% sobre R\$2.671,55, de 100% sobre R\$58.459,64 e de 60% sobre R\$73.042,78, previstas, respectivamente, pelo Art. 42, incisos V “b”, III, II “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$35.800,99**, prevista pelo inciso IX do referido dispositivo legal, com a adequação introduzida através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, em consonância com o Art. 102, II, “c” do CTN, e dos acréscimos moratórios estabelecidos através da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “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, em 19 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR