

A. I. N º - 017241.0021/17-6
AUTUADO - COMERCIAL DE CEREAIS 2 IRMÃOS GORDIANO LTDA. - ME
AUTUANTE - JACKSON DAVI SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.11.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ISENTAS.

Infração procedente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS.

Infração procedente. 2. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR.

Infração procedente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Infração procedente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL.

ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.

b) PAGAMENTO A MENOS.

É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária.

Infrações procedentes. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS.

FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.

b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.

Descumprimento de obrigações acessórias.

Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

Infrações procedentes.

Rejeitadas as preliminares de nulidade.

Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/12/2017, traz a exigência do ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 109.975,15, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Crédito utilizado indevido em razão da aquisição de produtos isentos. ICMS no valor de R\$11.568,42 e multa de 60%.
- 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$1.498,08 e multa de 60%.
- 3 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$50.965,13 e multa de 60%.
- 4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. ICMS no valor de R\$236,77 e multa de 60%.

5 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$34.791,25 e multa de 60%.

6 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$9.705,49 e multa de 60%.

7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$389,66.

8 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$820,35.

O sujeito passivo ingressa com defesa, por meio de patrono legalmente constituído, *ex vi* documento de fl. 178, na qual inicialmente requer que todas as intimações/publicações e reintimações na imprensa oficial ou por qualquer outro meio sejam feitas exclusivamente e/ou concomitantemente em nome do Dr. Fabricio Simões, OAB/BA 28.134, e à contribuinte impugnante, no endereço na Rua Guillard Muniz, nº 711, sala 201, Pituba, Salvador Bahia CEP 41.810-110 e no endereço já cadastrado no sistema interno da SEFAZ, sob pena de nulidade.

Sabe-se que a intimação regular do sujeito passivo pode ser pessoal ou pela via postal, de modo que para o aperfeiçoamento dessa última hipótese basta a prova de que a correspondência tenha sido entregue no endereço do domicilio fiscal eleito pelo próprio contribuinte, mas por ter advogado legalmente constituído, com endereço cristalino, as intimações devem ocorrer na pessoa do seu advogado. Isto decorre da mesma forma que no processo judicial, na medida em que, é direito do cidadão transferir seu direito de defesa técnica a quem tem habilitação legal e profissional para tanto.

Salienta a inexistência de custas no processo administrativo e a tempestividade de sua impugnação, cujo prazo final de apresentação venceria em 21/03/2018.

Passa a descrever as infrações que lhe são imputadas, conjuntamente com as normas citadas pela autoridade fiscal para as supostas ocorrências.

No mérito da autuação, de início, primando pela objetividade, giza que o Auto de Infração não se sustenta.

Argui a nulidade por insegurança na determinação da infração, inclusive que o contribuinte teria a possibilidade de recolher os impostos em declarações retificadoras sem que isto importasse em ação tributária.

Aduz que o período fiscalizado compreende 31/05/2013 até 14/12/2015, e no mesmo período para condutas tidas como iguais, foi tributado e penalizado o contribuinte duas vezes, logo, com ocorrência do *bis in idem* tributário. Percebe-se que as descrições das infrações são similares, caracterizando duplicidade de autuações, por exemplo, nas condutas. Portanto deve ser declarado nulo, dando-se baixa nos registros com o consequente arquivamento do processo.

Sustenta que a fundamentação da infração é por demais confusa e não condizente com o enquadramento dado e os fundamentos jurídicos explicitados. Pontua que, embora o contribuinte não tenha satisfatoriamente se explicado durante o procedimento fiscal, mesmo com a lavratura do Auto, não pode se defender, pois, não há enquadramento adequado na infração, o que basta uma simples leitura para tal verificação.

Passa a discorrer sobre o princípio do contraditório, e da avaliação contraditória sobre a prova, e nesse sentido como a prova por indícios e presunções comuns não importa na confirmação de que tenha ocorrido o fato gerador, a tarefa de fiscalização do agente fiscal não pode dar por encerrada, pois não existe. Cita a doutrina na pessoa de Dr. Paulo de Barros Carvalho.

Quanto à suposta omissão o levantamento ao agente foi efetuado supostamente com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação e Notas Fiscais Eletrônicas recebidas e emitidas), no banco de dados da Receita Federal (PGDAS/DASN) e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (notas fiscais de saídas e LRE). Ou seja, tudo que o agente de tributos analisou foram dados meramente declaratórios, passíveis de retificações e alterações. A base legal do auto de infração encontra respaldo em norma que não condiz com a conduta descrita.

Aduz que o ICMS é não cumulativo, não houve escrituração indevida pois há o documento fiscal de aquisição e não houve creditamento irregular.

Reclama do caráter confiscatório da multa, no teor de 75%, incidente sobre a suposta diferença tributada.

A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. Alias, aqui se encontra mais um vício no auto, qual seja, aduzir inexistência de Nota Fiscal e depois aduzir que havia nota fiscal acobertando mais de uma mercadoria.

Traz o entendimento já solidificado do STF na questão das multas tributárias, que não podem exceder 30% do valor do tributo devido.

Resta claro que a impugnante deve ter a exigibilidade do suposto crédito tributário suspensa, em razão de pendência de reclamação ou recurso administrativo.

Requer seja julgada procedente a presente impugnação.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 189/191, e esclarece pontualmente as infrações objeto do Auto de Infração:

Infração 01 – Pode-se observar no demonstrativo de fl. 06, que o crédito utilizado foi proveniente de compra de arroz e farinha de milho. Neste demonstrativo é possível verificar o número das notas fiscais resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios às atividades do estabelecimento. Menciona o § 2º do art. 29 da Lei 7.014/96, Art. 310, inciso I, “a” do RICMS/2012.

Infração 02 – Base legal o art. 29 e 31 da Lei 7.014/96. E o art. 309, § 6º do RICMS/2012. No demonstrativo de fl. 22 pode se verificar que a empresa se creditou de valor maior que o destacado no documento fiscal.

Infração 03 – A infração está clara. Operações escrituradas nos próprios livros da empresa com a descrição dos valores no Demonstrativo de Apuração do ICMS e do Crédito Fiscal acumulado em 2015. (Documento de fl. 28). Meses de janeiro a agosto de 2015.

Infração 04- No demonstrativo de fls. 54 e 55 é possível verificar a clareza da infração, com informações de forma clara e objetiva.

Infração 05 – Demonstrativos de fls. 56 a 65, é possível verificar a forma como foi encontrado o valor do ICMS reclamado. Anos de 2013 a 2015, com números das notas fiscais e seus detalhamentos, de forma a não deixar dúvida quanto à clareza da infração.

Infração 06 – Demonstrativos de fls. 66 a 71, com números das notas fiscais e seus detalhamentos, de forma a não deixar dúvida quanto à clareza da infração.

Infração 07 – Enquadramento legal nos arts. 217 e 247 do RICMS/2012. Multa aplicada com base no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, reduzida retroativamente com obediência à Lei 13.461/2015, c/c alínea “c” do inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66. Demonstrativo de fl. 72 e cópias de notas fiscais até a fl. 95.

Infração 08 – Demonstrativo de fls. 96/97 e cópias de notas fiscais de fls. 98 a 131.

Ademais o autuante ressalta que todas as infrações estão descritas de forma clara e objetiva. As infrações foram perpetradas pelo contribuinte que deixou de cumprir com suas obrigações perante a Fazenda Pública. Também não ocorreu o *bis in idem*, as infrações são distintas, com situações totalmente diferentes uns das outras, a exemplo da infração 01 que trata de utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias isentas; a 02 por ter se apropriado de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal e a 06 de recolhimento de ICMS antecipação parcial feito a menor.

Ressalta que o contraditório foi obedecido, quando o contribuinte foi cientificado de todos os atos no curso da ação fiscal, com acesso e recebimento dos demonstrativos que embasam as infrações. O enquadramento legal das infrações está em conformidade com as prescrições das normas que regem o ICMS no Estado da Bahia, especialmente a Lei 7.014/96.

Outrossim, a multa aplicada está prevista na Lei 7.014/96, e todas as infrações estão com seus respectivos demonstrativos, sendo que o contribuinte não trouxe qualquer prova para desconstituir as infrações.

VOTO

Ressalto a previsão legal do Art. 19 do RPAF/99, no qual está estabelecida que “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Destaco, inicialmente, que o Auto de Infração em análise, obedeceu às regras atinentes ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Aprovado pelo Decreto 7.629/99, especificamente as ditadas no Cap. III, “Do Auto de Infração”, Arts. 38 a 47, que contêm a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigação tributária principal, o demonstrativo de débito tributário, com a data de ocorrência dos fatos geradores do imposto exigível, e outros detalhes necessários para o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Percebe-se que a descrição fática é suficiente para o entendimento da imputação que está sendo feita ao contribuinte, foi feita de forma clara e com a indicação de dispositivos legais dados como infringidos, o que permitiu o conhecimento da acusação fiscal e a apresentação da impugnação por parte do sujeito passivo. Dessa forma, não acolho a preliminar de nulidade quanto à suposta afronta aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, pelas razões que analiso.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório foram estritamente observados, consoante dispõe a Constituição Federal de 1988, em que os litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. (CF, Art. 5º, inciso LV). Assim, a resolução deste conflito de interesses está tendo a participação dos interessados para legitimar o seu resultado final. Em todos os atos processuais desta lide, houve a participação e o conhecimento dos interessados, os quais articularam as suas pretensões com vistas à comprovação dos fatos, sobre os quais, a final, querem ver assegurada a manutenção ou a reforma do Auto de Infração.

Deste modo, o princípio do contraditório, embora não se confunda com a ampla defesa, pode ser considerado um desdobramento desta, segundo o qual deve ser dada ciência às partes do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo, abrindo-se então a possibilidade de cooperar e de contrariar. Tudo visando ao máximo equilíbrio da decisão final, ou da sentença.

Consoante o Termo de Início de Fiscalização, a ação fiscal teve inicio em 10 de outubro de 2017 (fl. 5-A).

Em 26/12/2017, por meio de Intimação para pagamento de débitos vencidos, efetuada por meio de DTE- Domicilio Tributário Eletrônico, o contribuinte foi intimado a recolher o débito reclamado

neste Auto de Infração, ou a apresentar defesa na Repartição Fazendária da sua circunscrição sob pena de revelia.

Verifico que embora o Auto de Infração não esteja assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, o mesmo foi cientificado de sua existência, apresentou a sua impugnação, em tempo hábil e pode se defender das acusações que lhe foram imputadas, vez que teve conhecimento de todo o teor das acusações.

Saliento que à fl. 153 dos autos, consta uma declaração do contador da sociedade empresária, Sr. Gildásio Rodrigues Moraes, CRC BA 028017-0/0, CPF 959.600.405 06, na qual este senhor habilita o portador daquele documento a retirar cópia do AUTO DE INFRAÇÃO Nº 0172410021/17-6, da empresa autuada, o que denota que houve o efetivo recebimento da peça vestibular por parte do contribuinte.

Ultrapassada a questão da ciência ao contribuinte do teor deste Auto de Infração, verifico que os anexos, em demonstrativos, cópias de notas fiscais, DANFEs, cópia de Livro Registro de Entradas, cópia de Livro Registro de Apuração do ICMS, Relação de DAEs, Ordem de Serviço nº 505198/17, DMAs, e Informações do Contribuinte, tudo isso faz-se acompanhar no Auto de Infração, no que fundamenta as acusações fiscais.

Desse modo, o contribuinte foi cientificado do teor das acusações, que estão descritas de forma clara e objetiva, recebeu demonstrativos que contêm diversas informações, tais como data, número do documento, código e descrição do produto, base de cálculo, e tudo o necessário para a demonstração das infrações. As informações constantes do arquivo magnético estão nas fls. 30 e 31, sendo que os valores reclamados na autuação estão baseados nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, documento gerado pelo próprio autuado.

Desse modo, rejeito as preliminares de nulidade trazidas pelo deficiente e passo à análise do mérito da autuação.

Cabe destacar que o sujeito passivo apresentou uma defesa genérica, não trouxe sequer uma prova de que teriam ocorrido equívocos na base de cálculo das infrações. Não contestou os valores que recolheu de ICMS nos exercícios fiscalizados, nem o recebimento das mercadorias transcritas nos DANFEs - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

Contudo, reclamou o deficiente que as infrações estariam sendo cobradas em duplicidade, com o mesmo fato gerador, o que implicaria em *bis in idem*. Este argumento não encontra razão de ser, haja vista que as infrações são autônomas, têm fundamentação distintas, como passamos a analisar de per si.

Infração 01 – Relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Pode-se observar no demonstrativo de fl. 06, que o crédito utilizado foi proveniente de compra de arroz e farinha de milho, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2015. Neste demonstrativo é possível verificar o número das notas fiscais resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios às atividades do estabelecimento. Os dispositivos infringidos são o § 2º, do art. 29 da Lei 7.014/96, Art. 310, inciso I, “a” do RICMS/2012. Cópias de DANFES estão anexas às fls. 07 a 10, e cópia do RE. Fls. 11 a 21. Infração procedente.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Meses de janeiro, maio de 2014 e de novembro de 2015. Base legal os art. 29 e 31 da Lei 7.014/96. E o art. 309, § 6º do RICMS/2012. No demonstrativo de fl. 22, pode se verificar que a empresa se creditou de valor maior que o destacado no documento fiscal. Cópias dos DANFEs estão nas fls. 23 a 25 do PAF. Infração procedente.

Infração 03 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período de janeiro a agosto e dezembro de 2015. A infração está clara. Operações escrituradas nos próprios livros da empresa com a descrição dos

valores no Demonstrativo de Apuração do ICMS e do Crédito Fiscal Acumulado em 2015. (Documento de fl. 28). Cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS se encontram às fls. 29 a 53. O autuante refez o conta corrente da sociedade empresária e chegou aos valores autuados, os quais o contribuinte não contesta objetivamente. Infração procedente.

Infração 04 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. No demonstrativo de fls. 54 e 55 é possível verificar a clareza da infração, com informações de forma clara e objetiva, baseada em Notas Fiscais Eletrônicas. Infração no SLCT (sistema de Lançamento de Crédito Tributário): 07.01.01.

O sujeito passivo não apontou qualquer equívoco nos números trazidos na autuação, relativos à base de cálculo do ICMS antecipado que está sendo exigido. Infração procedente.

Infração 05 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Refere-se aos meses de maio/2013, abril a dezembro de 2014, e janeiro a março de 2015 e agosto de 2015. Por meio dos Demonstrativos de fls. 56 a 65, é possível verificar a forma como foi encontrado o valor do ICMS reclamado. Anos de 2013 a 2015, com números das notas fiscais e seus detalhamentos, de forma a não deixar dúvida quanto à clareza da infração, valores que não foram contestados pelo contribuinte. Infração procedente.

Infração 06 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. Demonstrativos de fls. 66 a 71, com números das notas fiscais e seus detalhamentos, não deixam dúvida quanto à clareza da infração, cujos dados não foram, objetivamente contestados pelo sujeito passivo. Meses de abril, junho, julho, setembro a novembro de 2015. Infração procedente.

Infração 07 – Multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2014 e de dezembro de 2015. Enquadramento legal nos arts. 217 e 247 do RICMS/2012. Multa aplicada com base no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, reduzida retroativamente com obediência à Lei 13.461/2015, c/c alínea “c” do inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66. Demonstrativo de fl. 72 e cópias de notas fiscais até a fl. 95. Infração comprovada.

Infração 08 – Multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços não sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2013, dezembro de 2014 e de dezembro de 2015. Demonstrativo de fls. 96/97 e cópias de notas fiscais de fls. 98 a 131, que não foram contestados. Infração procedente.

Quanto às multas aplicadas, estão tipificadas no Art. 42 da Lei 7.014/96, sua base legal, e destaco que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de ilegalidade ou de constitucionalidade de lei e de atos normativos.

Ressalto que o patrono da sociedade empresária requer que todas as intimações/publicações sejam feitas em nome dos advogados, no endereço indicado nos autos, ao tempo em que ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **017241.0021/17-6**, lavrado contra **COMERCIAL DE CEREAIS 2 IRMÃOS GORDIANO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.765,14**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$1.210,01**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, mais os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 26 de setembro de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR