

A. I. Nº - 206958.3011/16-9
AUTUADO - A BRITO DOS SANTOS FILHO - ME
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.08.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA, ANTES DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fato não comprovado. Acusação insubsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado comprovou que parte da exigência fiscal já houvera sido paga antes do procedimento fiscal ser iniciado. Acusação parcialmente subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Fato comprovado. Acusação subsistente. b) DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Fato não impugnado. Infração mantida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE ENTRADAS. Presunção legal de saídas de mercadorias anteriores sem contabilização. Exigência do imposto. Não acolhido o argumento de nulidade. Fatos comprovados. Acusação subsistente. 5. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR LOCALIZADO NESTE ESTADO. Fato não comprovado. Acusação insubsistente. Aplicação do entendimento constante no Parecer relativo ao Incidente de Uniformização nº PGE2016.169506-0 da PGE/Profis. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Fato não impugnado. Mantida a acusação. 7. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Fato não impugnado. Acusação mantida. 8. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. A LEGISLAÇÃO PREVÊ PENALIDADE PELA FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO NOS PRAZOS PREVISTOS PELA LEGISLAÇÃO. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 20/09/2016 com o fito de reclamar crédito tributário no montante de R\$70.263,02 em decorrência das acusações abaixo discriminadas:

1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente no valor de R\$758,64 referente à mercadoria objeto de antecipação parcial, antes mesmo de seu recolhimento – com repercussão”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

2 – “Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) no total de R\$39.871,49, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

3 – “Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) no total de R\$139,97, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios”. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

4 – “Deixou de recolher ICMS no total de R\$487,87 na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

5 – “Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$2.141,08 constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

6 – “Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção”. ICMS lançado no valor de R\$9.494,09 com multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

7 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa no total de R\$669,88 prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c Art. 106, II “c”, do CTN.

8 – “Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS)”. Multa no valor de R\$140,00, prevista pelo Art. 42, inciso XIII, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

9 – “Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação”. Multa no valor de R\$16.560,00, prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento o autuado ingressou com Impugnação Parcial fls. 100 a 103, onde, reconhece as acusações relacionadas às infrações 04, 07 e 08, para as quais considera “não elididas”.

Isto posto no que se relaciona à infração 01 sustenta que de acordo com o documento intitulado Anexo 1, fl. 104, “o recolhimento do imposto foi efetuado em 26/12/2012 e o crédito fiscal utilizado na competência 03/2013. O crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não ser devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como o agente fiscal deve proceder na constituição do crédito tributário. O levantamento fiscal realizado não reflete a verdade dos fatos”.

Em relação à infração 02, cita que “Conforme anexo 2, 3, 4 e 5 os impostos referentes às datas de ocorrências 30/06/2013 no valor de R\$517,24 (Quinhentos e dezessete reais e vinte e quatro centavos), 31/10/2013 no valor de R\$250,00 (Duzentos e cinquenta reais), 31/12/2013 no valor de R\$5.800,07 (Cinco mil, oitocentos reais e sete centavos) e 30/11/2013 no valor de R\$36,59 (Trinta e seis reais e cinquenta e nove reais), foram recolhidas tempestivamente em tempo hábil, portanto é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Fatos geradores só podem decorrer da realização de todas as situações previstas e tipificadas nas normas de incidência, uma vez que as relações jurídicas tributárias devem ser pautadas pelos

critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou louvados em suposições, em virtude dos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da tipicidade cerrada”.

No que diz respeito à infração 03 *“requer a retificação da multa aplicada para 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, consoante o princípio da retroatividade benigna, previsto no art.106 ,I, do CTN e conforme alteração do Inc.IX do art.42 da Lei 7014/96 e Lei 13461/2015 c/c a alínea C do inc.II Art.106 da Lei 5172/66 (CTN), por se tratar de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação. Nos termos do art. 106 do Código tributário Nacional, Lei nº 5172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática”.*

Quanto à infração 05 menciona *“que a metodologia que foi empregada na determinação da receita decorrente de operações com mercadorias tributáveis torna insegura a determinação da infração e do montante devido, culminando com a invalidade dos lançamentos”.*

Por igual, naquilo que diz respeito à infração 06, sustenta que a *“demonstração e descrição dos fatos evidenciam inconsistências no levantamento fiscal, a empresa NÃO possui filial, portanto, não efetuou transferências, e confirmada a condição de estabelecimento único, considerar a infração insubsistente na sua totalidade”.*

Por fim em relação à infração 09 diz que apresentou os arquivos magnéticos solicitados, quando foi regularmente intimado, sendo que deveria constar nos autos essa intimação para à apresentação dos arquivos magnéticos, o que foi prontamente atendido, não descumprindo assim o § 5º, do Art. 708-B do RICMS-BA/97.Considera que se trata de vício passível de correção no curso do processo, haja vista que esta correção implicaria mudança de fulcro e nulidade da imputação fiscal.Com isso sustenta que fica extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o Inciso I do artigo 122 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, materializada pela transmissão da declaração.

Em conclusão requer que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente.

Através da Informação Fiscal prestada às fls. 113 a 115, o autuante, após as considerações iniciais passou a enfrentar os argumentos defensivos.

Assim é que, em relação à infração 01.01.04 – Crédito Indevido pontua que *“na fl. 11 encontra-se o documento que informa que o recolhimento feito pela empresa em 25.04.2013, foi de R\$1.314,35, suscitando este crédito para o fechamento da apuração do ICMS em Abr/2013. Ora, o crédito lançado na apuração de Abr/2013 foi de R\$2.072,99, como se evidencia no documento à fl. 13, que expõe toda a conta corrente do ICMS naquele exercício. A alegação da empresa não procede. O documento anexo, comprovando recolhimento de R\$758,64 em 26.12.2012 em nada combate os fatos alegados nesta infração. Mantida a exigência”.*

No tocante a infração 02.01.01 – ICMS Lançado e Não Recolhido, menciona que *“os recolhimentos alegados, de R\$517,24, R\$250,00 e R\$36.59 referem-se a ICMS COMPLEM.ALIQ-USO/CONSUMO ATIVO FIXO, em nada servindo à defesa desta infração. Somente o recolhimento de R\$5.800,07 realmente se contrapõe ao valor devido em dezembro, satisfazendo-o por completo. Assim, a exigência desta infração fica reduzida para R\$34.071,42”.*

Quanto à infração 02.01.02 - Falta de Recolhimento destaca que o autuado *“Por não contestar os fatos, confessa implicitamente o cometimento da infração, sendo impossível maior redução da multa legal aplicável. Mantida a exigência na íntegra”.*

No que diz respeito à infração 04, 02.01.05 – Devoluções Sem Tributação destaca que a mesma foi acatada, portanto fica mantida.

No que se relaciona a infração 05, 04.05.05 – Estoques – Omiss. Entradas Maior que Omiss. Saídas, sustenta que *“a metodologia aplicada é simplória, consistindo apenas de adições*

aritméticas, envolvendo as quantidades de estoque inicial e adquiridas, com subtração das quantidades do que é vendido e do estoque final, tudo por unidade do produto” não existindo nada de complexo e que faltou ao autuado argumentos para refutar os fatos apontados. Mantém a acusação.

Em relação à infração 06, 05.02.01 – Vendas Abaixo do Custo de Produção – pontua que *“Como não houve nenhuma alegação contestadora de números, de datas ou de valores, entendemos que ficou melhor à empresa não dizer nada do que complicar-se na explicação das suas vendas, onde a famosa prática da “meia-nota” é evidente”*. Manteve a acusação.

Após citar o reconhecimento pelo autuado das infrações 07 e 08, adentrou a infração 09, 16.12.20 – Falta de Apresentação de Arquivos Sintegra, explicando que *“a previsão regulamentar desta infração diz respeito à obediência dos prazos originais, mês a mês, logo que acontecem e não ao prazo de atendimento quando intimado. Assim, em cada mês de operação concluída, a empresa não apresentou seus arquivos, vindo a fazê-lo apenas após a intimação, já em sede de ação fiscal em curso”*.

Em conclusão pugna no sentido de que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente para exigir do autuado o valor total de R\$64.462,95, após o acatamento do valor efetivamente pago, pertinente à infração 2.

VOTO

Das nove imputações presentes nestes autos o autuado não impugnou as exigências relacionadas às infrações 04, 07 e 08, razão pela qual ficam mantidas, sendo, conseqüentemente, procedentes. Quanto às demais acusações, as quais foram impugnadas, passo a apreciá-las.

Dito isto vejo que em relação à infração 01 onde está sendo exigido imposto no valor de R\$758,64 por utilização de crédito fiscal decorrente da antecipação parcial do ICMS antes do efetivo pagamento, com data de ocorrência em 31/03/2013, alegou o autuado que o imposto foi pago em 26/12/2012, doc. fl. 104, razão pela qual entende fazer jus ao creditamento, enquanto que o autuante não acolheu o argumento defensivo, citando que o documento apresentado pelo autuado em nada combate os fatos alegados.

Da análise dos fatos e documentos presentes aos autos, em primeiro lugar observo que a acusação se refere à ocorrência verificada no mês de março/13 a título de utilização de crédito fiscal de antecipação parcial neste mês no valor de R\$758,64 antes da efetivação do pagamento, *“com repercussão”* na apuração do imposto devido naquele mês.

Vejo que o documento de fl. 104, emitido pela própria SEFAZ, aponta que o valor de R\$758,64 a título de antecipação parcial foi pago no dia 26/12/2012 enquanto que a cópia do livro RAICMS anexado pelo autuante, referente ao mês de março/13, fl. 16, não contém o registro desse crédito.

Com isso e sem maiores dificuldades, se percebe que não há comprovação nos autos de que houve a alegada antecipação irregular de utilização de crédito fiscal, mesmo porque, se constasse no livro fiscal tal lançamento, não seria crédito utilizado antecipadamente no mês de março/13 e sim extemporaneamente já que o pagamento foi efetuado em 26/12/2012.

Desta maneira considero que a acusação não resta comprovada razão pela qual julgo a infração 01 insubsistente.

A infração 02 acusa o autuado de ter deixado de efetuar o pagamento do ICMS regularmente escriturado nos livros fiscais próprios no total de R\$39.871,49, isto é, imposto lançado e não recolhido, conforme se verifica através das cópias do livro RAICMS do autuado constante às fls. 14 a 21.

Em sua defesa o autuado questionou as exigências nos valores de R\$517,24 mês 06/13, R\$250,00 mês 10/13, R\$5.800,07 mês 12/13 e R\$36,59 mês 11/13, enquanto que o autuante acolheu apenas o

argumento defensivo relacionado ao pagamento no valor de R\$5.800,07 referente ao mês 12/13 já que os demais meses se referem a pagamentos relativos a diferença de alíquota, portanto não se relacionando à presente exigência fiscal.

De fato, os próprios documentos apresentados pelo autuado, fls. 105 a 108, atestam que os pagamentos apresentados e não acolhidos pelo autuante se referem a ICMS complementação de alíquota, logo não se revelam úteis para elidir a acusação que se refere a imposto lançado e não recolhido. Desta forma, apenas o doc. de fl. 107 comprova que o valor de R\$5.800,07 referente ao mês de dezembro/13 foi efetivamente recolhido razão pela qual deve ser excluído da autuação consoante confirmação pelo autuante, a qual acolho.

Isto posto, a infração 02 remanesce parcialmente procedente no valor de R\$34.071,42.

Naquilo que pertine à infração 03, referente à falta de pagamento do imposto no total de R\$139,97 referente a operações de saídas de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado de acordo com o demonstrativo de fl. 23 e notas fiscais de fls. 924 a 926.

A Defesa não impugnou a ocorrência da falta de lançamento das notas fiscais em seus livros pleiteou, entretanto que a penalidade fosse reduzida para 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, situação esta inaplicável ao presente caso já que tal penalidade é compatível para os casos em que não há escrituração de notas fiscais de entradas no registro fiscal, enquanto que no presente caso está se exigindo imposto sobre notas fiscais de vendas não lançadas. Acusação mantida, infração procedente.

A infração 05 exige imposto no valor de R\$9.494,09 a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, onde se constatou omissão de entradas de mercadorias.

O autuado não apontou especificamente erro de qualquer espécie no levantamento elaborado pelo autuante, se limitando a argumentar insegurança na determinação da infração e do montante devido, sem indicar ou mencionar qual a insegurança que defende.

Analisando os demonstrativos da lavra do autuante, que englobou apenas os produtos comercializados pelo autuado, não abarcando os produtos que foram adquiridos para industrialização, constatei que se encontram presentes nos autos: o quadro resumo das omissões de entradas em 2013 (fl. 38), a indicação dos estoques iniciais e finais (fls. 39 e 42), as listagem analíticas das notas fiscais de entradas e de saídas e o cálculo do preço unitário médio.

Desta maneira considero que o autuante atendeu ao determinado pela Portaria nº 445/98, Art. 13, inciso II e considerando que o autuado não apontou equívoco de qualquer natureza no lançamento, limitando-se a arguir sua nulidade por insegurança que não se confirma, afasto o pedido de nulidade e, no mérito, mantenho o lançamento. Infração 05 procedente.

No respeitante a infração 06 está sendo exigido imposto no total de R\$9.494,09 em razão do autuado haver praticado transferências de mercadorias para outro estabelecimento do mesmo titular, situado neste Estado, com preço inferior ao de custo da produção desses produtos, cuja apuração está demonstrada às fls. 43 a 59. O enquadramento legal da infração foi feita com base no Art. 17, inciso II da Lei nº 7.014/96.

O autuado alegou que por não possuir estabelecimento filial a acusação não pode subsistir razão pela qual requereu a insubsistência da acusação. Em sua informação fiscal o autuante não enfrentou este argumento defensivo, não apresentou a comprovação das ditas transferências, limitando-se apenas a argumentar que o autuado não indicou erros nos levantamentos e o que ficou configurado foi a existência da prática de emissão da “*meia nota*”.

Não vejo como subsistir esta acusação. Em primeiro lugar não consta que o autuante tenha efetuado exame no livro de Controle e de Produção do autuado ou mesmo em sua

contabilidade de custos a fim de apurar o custo das mercadorias produzidas nos períodos abarcados pela autuação para efeito de comparação com os valores utilizados nas ditas saídas.

Aliás, não existe previsão legal para exigência de imposto nos casos de transferência com preço de custo inferior ao da produção. O próprio Art. 17, II, considerado pelo autuante a título de enquadramento legal da acusação fala que a base de cálculo é o valor da operação enquanto que este fato deve ficar claro na apuração.

Por oportuno esclareço que esta questão envolvendo transferências internas de mercadorias a PGE/Profis através Parecer constante no “Incidente de Uniformização nº PGE2016.169506-0” firmou entendimento que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, entendimento este que vem sendo seguido por este CONSEF conforme se verifica, dentre outros, no julgamento consubstanciado pelo Acórdão 0042-11/17 da 1ª Câmara de julgamento Fiscal.

Desta maneira julgo improcedente a infração 06.

Quanto à infração 09 que trata de penalidade pela falta de entrega de arquivos eletrônicos nos prazos previstos pela legislação, sendo aplicada a penalidade no valor de R\$1.380,00 por cada mês não entregue, totalizando a quantia de R\$16.560,00 o autuado alegou que os mesmos foram entregues na ocasião em que foi intimado pelo autuante nesse sentido, não descumprindo a regra prevista pelo § 5º do Art. 708-B do RICMS/97.

O autuante, por sua vez contra argumentou explicando que a previsão regulamentar desta infração diz respeito à obediência dos prazos originais fixados pela legislação para efeito de entrega dos arquivos eletrônicos mês a mês, e não em relação ao prazo para entrega quando intimado.

Assiste razão ao autuante. A penalidade aplicada nesta infração está alinhada à regra prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96 que estabelece a penalidade no valor de R\$1.380,00 pela falta de entrega, nos prazos previstos pela legislação, de arquivo eletrônico com a totalidade das operações efetuadas, sendo que, nos casos de falta de atendimento da intimação para esse fim poderá ser aplicada cumulativamente a multa de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior.

Na situação sob análise restou caracterizada a falta de entrega dos arquivos eletrônicos nos prazos previstos pela legislação, fato este não elidido pelo autuado, razão pela qual mantenho a penalidade aplicada no valor total de R\$16.560,00 restando procedente a infração 09.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do Presente Auto de Infração restando o débito no valor de R\$54.210,22, com a configuração abaixo:

Infração 01:	Improcedente	-o
Infração 02:	Proc em Parte	R\$34.071,42
Infração 03:	Procedente	R\$ 139,97
Infração 04:	Procedente	R\$ 487,87
Infração 05:	Procedente	R\$ 2.141,08
Infração 06:	Improcedente	-o-
Infração 07:	Procedente	R\$ 669,88
Infração 08:	Procedente	R\$ 140,00
Infração 09:	Procedente	R\$16.560,00

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 **206958.3011/16-9** lavrado contra **A BRITO DOS SANTOS FILHO – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.840,34** acrescido das multas de 60% sobre R\$34.559,29 e de 100% sobre R\$2.281,05 previstas pelo Art. 42, incisos II alínea “f” e “a” e III da Lei nº 7.014/96 e

demais acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$17.369,88**, previstas pelos IX, XVIII, alínea “c” e XIII-A alínea “j” do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões de Julgamento, em 11 de Julho de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA