

PROCESSO - A.I. Nº 2068810021/05-6
RECORRENTE - KODY BRASIL LTDA. ((B.V.P. COMÉRCIO DE PRODUTOS REPROGRÁFICOS LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0122-01/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 24/10/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0327-11/06

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O REGISTRADO NO LIVRO REGISTRO APURAÇÃO. Infração caracterizada. Infração mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. Vedada a utilização de credito de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias. Lançamento subsistente. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAIDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração comprovada. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. DETERIORAÇÃO DE MERCADORIAS. É exigível o estorno ou anulação do crédito fiscal correspondente às mercadorias deterioradas. Infração comprovada. 6. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovado nos autos o cometimento da infração. Infração subsistente. 7. IMPORTAÇÃO **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado o pagamento de parte do imposto exigido. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de realização de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, que julgou Procedente Em Parte o presente Auto de Infração lavrado em razão das seguintes infrações:

- 1 Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de março e maio de 2002, no

- valor de R\$ 8.327,94, com aplicação da multa de 60%, conforme Demonstrativo Auditoria da Conta Corrente e fotocópias do livro Registro de Apuração do ICMS (Anexo I);
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de maio de 2002, no valor de R\$ 479,50, com aplicação da multa de 60%. Consta ainda que se refere à aquisição de camisas para uso e consumo, através da Nota Fiscal 239/SP, em 14/05/2002, no valor de R\$ 6.850,00, conforme fotocópias do livro Registro de Entradas e do documento fiscal (Anexo II);
 - 3 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto, setembro e dezembro de 2001 e janeiro a novembro de 2002, com aplicação da multa de 10%, no valor de R\$ 7.118,74, conforme demonstrativo das notas fiscais não registradas no livro Registro de Entradas e fotocópias das notas fiscais (Anexo III);
 - 4 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, nos meses de outubro de 2001 e maio, julho e novembro de 2002, com exigência de ICMS no valor de R\$ 1.821,02 e aplicação da multa de 60%, conforme Demonstrativo das Diferenças de Alíquotas, fotocópias das notas fiscais de entrada (Anexo IV) e dos livros Registro de Entrada (Anexo II);
 - 5 Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS referente a entradas de mercadorias no estabelecimento e posteriormente deterioradas, nos meses de maio a dezembro de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 569,65, acrescido da multa de 60%. Consta ainda que se refere à falta do estorno proporcional de créditos fiscais de mercadorias baixadas do estoque, utilizadas nas operações de saídas de mercadorias sem tributação, contrariando o disposto no § 1º, inciso II, do art. 93 e no art. 100, inciso V, do RICMS/97, conforme Demonstrativo do Estorno de Crédito e fotocópias do livro Registro de Saídas (Anexo V);
 - 6 Omitiu saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2001, exigindo imposto no valor de R\$ 73.913,78, acrescido da multa de 70%. Consta que o ICMS foi calculado à alíquota de 12% e que o autuado manteve no Passivo na conta Fornecedores, por não possuir saldo na conta Caixa para fazer face a tais pagamentos, conforme fotocópias do livro Razão e das duplicatas (Anexo VI);
 - 7 Omitiu saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses fevereiro, março e outubro de 2002, sendo lançado imposto no valor de R\$ 10.278,56, acrescido da multa de 70%. Consta que o ICMS foi calculado à alíquota de 12%, sendo que em fevereiro e março quando houve entrada na conta Caixa oriunda da conta Banco (Banco do Brasil) sem comprovação e que em outubro ocorreu registro na conta Caixa do ingresso de Recursos oriundos de aumento de capital não comprovado, conforme fotocópias do livro Razão (Anexo VI) e extratos bancários (Anexo VII);
 - 8 Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto e setembro de 2001 e dezembro de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 4.234,96, acrescido da multa de 70%. Consta que foram comercializadas mercadorias tributadas, sem o respectivo registro no livro Registro de Saídas, conforme demonstrativo, fotocópias das notas fiscais e do citado livro fiscal (Anexo VIII);
 - 9 Deixou de recolher o ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, no mês de agosto de 2001, no valor de R\$ 54,07, com aplicação da multa de 60%. Conforme fotocópias do livro Registro de Saídas (Anexo V) e da Nota Fiscal 0212/SP;
 - 10 Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o seu desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de abril e julho de 2002, exigindo imposto no valor de R\$ 1.502,82, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo da Importação e fotocópias das notas fiscais de entrada (Anexo IX);

11 Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de outubro e novembro de 2002, no valor de R\$ 3.387,59, acrescido da multa de 60%, conforme fotocópias das notas fiscais de entrada e Demonstrativo da Importação (Anexo IX).

Preliminarmente, decidiu a 1ª JF em não dar provimento ao pedido de desmembramento do Auto de Infração e reabertura do prazo de defesa, em razão da quantidade de infrações, uma vez que inexistia previsão legal para seu atendimento. Ademais, foram acostados ao processo todos os documentos necessários ao exercício de defesa do contribuinte.

Não acolheram também a solicitação para apresentação posterior de novas provas, nem pedido de diligência ou perícia, uma vez que o contribuinte teve oportunidade e já apresentou documentos em sua impugnação.

Em relação à arguição do caráter confiscatório das multas, entenderam os membros da 1ª JF que aquele não procede, em razão da sua previsão na legislação aplicável. Quanto à sua dispensa ou redução requerida pelo contribuinte em relação à multa de caráter acessório, verificaram que a mesma ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolheram o pleito.

No que diz respeito às multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade é de competência da Câmara Superior deste CONSEF. De igual modo, afastaram as alegações de inconstitucionalidade da autuação baseadas na suposição de uso do tributo com efeito de confisco, haja vista que no caso da lide as infrações estão todas devidamente previstas no RICMS/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96 que fundamenta esse imposto.

No mérito das infrações 01 e 05, não foram acolhidas as alegações da defesa, que se limitaram a negar o seu cometimento. Quanto às infrações 02 a 04 e 08 a 10 as alegações defensivas também foram insuficientes, pois apenas alegaram a ausência de má-fé, em razão dos fatos apurados terem decorrido de lançamentos automáticos, devido a problemas nos sistemas adotados, descuidos, ou equívocos de sua contabilidade. Todavia, não foi trazida aos autos nenhuma prova do quanto alegado. Os procedimentos fiscais em todos os casos foram realizados atendendo as orientações legais, estando a constituição do lançamento do crédito tributário correta, bem como as infrações caracterizadas de forma detalhada e de acordo com os demonstrativos e documentos que lhes deram sustentação. Dessa forma, acordaram pela manutenção desses itens da autuação.

Quanto à infração 06, a alegação de que as compras foram a prazo, não sendo necessária a manutenção de saldo de caixa para liquidar o passivo, não foram acolhidas em razão da comprovação que duplicatas de fornecedores foram liquidadas dentro do exercício, não sendo, porém, baixadas na contabilidade, configurando deste modo a manutenção, no passivo exigível, de obrigações já pagas.

Entretanto, a autuante se equivocou na apuração do imposto devido, uma vez que foi aplicada a alíquota de 12%, quando deveria ter sido aplicada a alíquota de 17%. Devendo, a diferença de R\$ 30.797,41, ser cobrada em nova ação fiscal, de acordo com o art. 156 do RPAF/99. Ressalta, ainda, a Decisão recorrida que antes de iniciado novo procedimento fiscal, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto de forma espontânea.

No que diz respeito à infração 07, os argumentos de que os valores tidos como não comprovados se originaram das contas pessoais dos sócios e de empréstimos realizados, destinados ao pagamento de despesas operacionais, não foram acompanhados de comprovação documental. Permanecendo a infração, e ainda sendo devido a diferença de R\$ 4.282,73, em razão da aplicação da alíquota inadequada como no caso da infração anterior.

Por fim, quanto à infração 11, sustenta a Decisão recorrida que assiste razão parcial ao contribuinte, já que nos documentos de arrecadação apresentados (GNRE's) há comprovação de recolhimento de parte do ICMS em favor do Estado, referente às operações de importação, conforme demonstrativo constante à fl. 571.

Concluíram pela Procedência em Parte do Auto de Infração, sendo mantidas as infrações 01 a 10, e parcialmente mantida a infração 11 em R\$ 1.122,76, representando à autoridade competente, no sentido de determinar nova ação fiscal, a fim de exigir o imposto referente às diferenças apontadas nas infrações 06 e 07.

Inconformado com a Decisão da JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário. Em suas razões, o Recorrente alega preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, fundado nos artigos 49 do RPAF e 5º, incisos LIV e LV da CF/88, por esse constar mais de uma infração, ocorrida em mais de um exercício. Para corroborar com sua tese, junta a jurisprudência do STJ no mesmo sentido.

Alega, também em caráter preliminar, a nulidade, em particular, da infração nº. 06, fundamentando seu pedido no artigo 19 do RPAF, em razão da inteligibilidade da redação da referida infração, bem como da inexistência da duplicata mercantil.

Quanto ao mérito das demais infrações, alega, em síntese, o recorrente :

Infração 1) Ter créditos anteriormente apurados, juntando documentação com o intuito de comprová-los.

Infração 2) A possibilidade de creditar-se o ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, fundamentando sua alegação na Lei Kandir e na jurisprudência do STJ.

Infração 3) Ter realizado o registro da entrada de mercadorias no livro fiscal, pois o lançamento eletrônico ainda estava sendo implementado. Junta o livro fiscal com o fito de comprovar o registro.

Infração 4) A referida diferença é devida ao Estado do destinatário, pelo contribuinte comprador, artigo 155, § 2º, VII, CF/88

Infração 5) Já recolheu o imposto, com a alíquota de 12%, e argumenta que não há previsão legal para o recolhimento a maior para a operação de estorno, e caso tivesse, seria inconstitucional. Apresenta documentos para comprovar o pagamento, realizado com apuração do imposto na alíquota de 12%.

Infração 6) Recolheu o ICMS de maneira correta, e que a autuante teria se equivocado nos valores das operações. Apresenta documentos para comprovar suas alegações.

Infração 7) A autuante presumiu a entrada de valores como referentes à venda de mercadorias omitidas. Sendo que estes valores correspondem ao aumento do capital social. São transferências entre contas correntes do recorrente para pagamentos de contas da próprio recorrente. Apresenta documentos para comprovar os pagamentos e argumenta pela não incidência do ICMS sobre os referidos valores, juntando a jurisprudência do STJ no mesmo sentido.

Infrações 10 e 11) O ICMS foi recolhido pela empresa DHL WorldWide Express Brasil, como substituto tributário, apresenta GNRE's com o intuito de comprovar o recolhimento do tributo pelo substituto tributário.

Conclui requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, e sucessivamente requer que sejam acolhidas suas alegações quanto ao mérito das infrações, reformando-se a Decisão para excluir as infrações atacadas.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que é descabida a alegação de nulidade, pois o Auto possui todas as condições para o oferecimento da defesa e o regular julgamento do feito. Aduz, ainda, que a alegação de nulidade da Infração nº 06 é descabida, pois a autuante apresentou os documentos necessários para sua comprovação.

No mérito, entendeu serem descabidas as alegações do contribuinte, razão pela qual opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, verifico preliminarmente que não subsiste a alegação de nulidade do Auto de Infração, fundada nos artigos 49 do RPAF e 5º, LIV e LV da CF/88, por esse constar mais de uma infração, ocorrida em mais de um exercício. Isto porque, o Auto de Infração está revestido

de todas as formalidades legais necessárias e, por conseguinte, não importou em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Da mesma forma, não procede a nulidade da infração nº. 06, fundamentada no artigo 19 do RPAF, uma vez que os documentos necessários à caracterização da infração estão presentes nos autos.

No mérito, observo que, também, não assiste razão ao recorrente, senão vejamos.

Quanto às infrações 1 e 3, o recorrente não comprovou, respectivamente, a regularidade do valor recolhido, já que este se encontra em desconformidade com os registros efetuados por ele próprio em seus livros fiscais, bem como a escrituração das operações e a falta no sistema eletrônico de registro de notas fiscais.

O mesmo ocorre com a infração 5, um vez que o recorrente não traz qualquer argumento ou elemento de prova para demonstrar que procedeu ao estorno de forma regular.

Em relação à infração 2, não é possível a realização de compensação, posto que a legislação atual veda a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de material de uso e consumo.

No que diz respeito à infração 4, a exigência fiscal é corretamente procedida pelo Estado da Bahia que foi o destinatário nas operações de aquisições interestaduais de bens para uso e consumo do recorrente.

Quanto às infrações 6 e 7, presunção legal prevista no art. 4º § 4º, Lei 7014/96. A primeira em razão da manutenção no passivo de obrigação já paga, e a segunda pelo suprimimento de caixa de origem não comprovado, verifico que o recorrente não traz argumento ou prova para desconstituir a presunção legal. Todos os dois fatos (manutenção no passivo de obrigação já paga e suprimimento de caixa de origem não comprovada) são hipóteses que autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores tributadas.

Por fim, no que atine às infrações 10 e 11, constato que os documentos apresentados já foram considerados pela JJF (fl.571). Sendo o imposto devido pelo recorrente, pois foi quem procedeu a importação dos bens.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter na íntegra a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0021/05-6**, lavrado contra **KODI BRASIL LTDA. (B.V.P. COMÉRCIO DE PRODUTOS REPROGRÁFICOS LTDA.)**, devendo ser intimado o contribuinte para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$102.305,06**, sendo R\$13.877,76 acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, alíneas “a” e “b” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e R\$88.427,30 acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$7.118,74**, prevista no inciso IX, da referida lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal para apuração do imposto exigido a menos em relação às infrações 6 e 7, conforme art. 156, do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS