

PROCESSO - A. I. Nº 298616.0025/05-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FABER PAPAIZ LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0209-05/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0397-12/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Não restou caracterizada a saída de mercadorias, sem a documentação fiscal pertinente, quando da realização da auditoria, mas sim em período anterior a essa. A infração não se subsume ao dispositivo de multa aplicada, sendo modificada essa para descumprimento de outras obrigações acessórias. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovada que parte das notas fiscais autuadas era remessa por conta e ordem de terceiros, constando essas operações em duplicidade no levantamento fiscal. Infração modificada para omissão de saídas, com redução do montante exigido. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS COM PAGAMENTO DO TRIBUTO. Não se configurou o tipo legal, uma vez que não foi constatada a tributação regular nas operações subsequentes. Infração insubsistente. 3. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. Não se constatou que as mercadorias destinavam-se a Bahia. Infração insubsistente. Rejeitado pedido de diligência e afastada arguição de nulidade. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0209-05/06, em face de ter havido prejuízo ao Fisco Municipal, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e enfrentamento das seguintes infrações, em relação às quais ocorreu redução do montante originariamente exigido:

1. Deixou de emitir nota fiscal correspondente às operações realizadas. Consignou o autuante que o contribuinte não emitiu notas fiscais de entradas de mercadorias provenientes do exterior, em maio e setembro de 2003, aplicando-se multa no valor de R\$690,00;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, referente aos exercícios de 2003 e 2004 – R\$34.126,81, com multa de 70%;
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo tributário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, com saída posterior tributada normalmente, referente aos exercícios de 2003 e 2004 – R\$7.166,63;
7. O mesmo da infração 5, vinculada a importações, nos meses de maio e junho de 2003, cobrando-se imposto de R\$90.156,43;
8. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de maio e junho de 2003, cobrando-se imposto de R\$257.589,81;

O autuado, através de seus advogados, apresenta impugnação às fls. 318 a 350, inicialmente descrevendo todas as infrações a ele imputadas e o montante incorrido por supostamente tê-las infringido. Alegou que a 1ª infração decorreu do levantamento de estoques, no qual computaram-se equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiro. Afirmou que a obrigação de emitir documento fiscal é de natureza acessória, haja vista ser uma obrigação de fazer. Prosseguindo, disse que a infração decorreu de suposta falta de emissão de notas fiscais de entrada na importação de mercadorias. Frisou que em momento algum a empresa deixou de emitir os documentos fiscais a que estava obrigado. Reiterou que a fiscalização, inadvertidamente, considerou no levantamento quantitativo, notas fiscais de remessas por conta e ordem de terceiros, sendo certo que no período citado, maio e setembro de 2003, a empresa não recebeu mercadorias provenientes do exterior. Observou que como não importou mercadorias nos períodos autuados, a infração baseou-se em fatos geradores inexistentes. Pugnou pela improcedência dessa. Entendeu que não se realizou o aspecto material do fato gerador da obrigação acessória em exame, razão pela qual pugnou pela improcedência dessa.

Quanto à 2ª infração, disse que não restou comprovado que a empresa adquiriu produtos sem contabilizar as entradas, ferindo assim seu direito à ampla defesa. Insistiu também nessa infração, que o autuante considerou equivocadamente notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros no levantamento fiscal realizado, computando em duplicidade essas operações. Exemplificou o suposto equívoco incorrido pelo autuante, apresentando como referência o produto Cilindro de Alta Pressão GNV DIAM. 356, 70l200 BAR. Ressaltou que os documentos juntados no anexo 1 de sua defesa fazem prova do alegado. Chamou a atenção para o primado da busca pela verdade material no processo administrativo, aduzindo que a improcedência dessa infração se impõe por conta de todo o aqui demonstrado. Protestou pela produção de prova pericial para as infrações 2 e 3, resguardando-se para a apresentação da quesitação quando do seu deferimento.

No tocante à 3ª infração, informou que a mesma estava associada à 2ª, com o acréscimo da MVA do imposto já reclamado no item anterior e padece dos mesmos equívocos apontados para essa infração. Requereu revisão fiscal a ser feita pela ASTEC desse CONSEF.

Quanto às infrações 7 e 8, esclareceu que essas dizem respeito às mesmas operações, razão pela qual a impugnação foi feita conjuntamente. Informou que a empresa atua no ramo de comércio por atacado de peças e acessórios para veículos automotores e possui dois estabelecimentos, um em São Paulo e outro na Bahia. O de São Paulo era a matriz, mas confiante no desenvolvimento de seus negócios na Bahia, a empresa resolveu transferir a matriz para cá, passando o de São Paulo para a condição de filial. Afirmou que esse esclarecimento se impõe porque o critério de destinação física quanto às mercadorias por ele importadas foi utilizado como suporte na lavratura dessas infrações. Contestou a versão do autuante que as mercadorias importadas por São Paulo foram transferidas para o estabelecimento da Bahia, ressaltando que houve apenas erro material na emissão das DI's pela Receita Federal. Assim, o CNPJ da matriz no momento do pedido de compra dos produtos autuados estava vinculado ao estabelecimento de São Paulo, mas quando as mesmas foram desembarcadas, aquele número já estava vinculado ao da Bahia e vice-versa. Por essa razão, as mercadorias autuadas foram compradas por São Paulo, e lá permaneceram, não se destinando a este Estado. Transcreveu o art. 2º do RPAF e jurisprudência desse CONSEF com o fim de subsidiar todo o alegado. Aceitou a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta Reais), à vista do princípio da eventualidade, caso se entenda ter havido falha por parte da empresa.

Na informação fiscal (fls. 1254 a 1265), o autuante historiou as alterações de Contrato Social por quais passaram a empresa, até a transferência da sede para o Estado da Bahia em 17 de fevereiro de 2003. Afirmou que o autuado adquiriu mercadorias por transferências da filial do Estado de São Paulo, a partir de setembro de 2003, sem antecipar o imposto a que estava obrigado, por adquirir mercadorias sujeitas à substituição tributária. Disse que a empresa foi habilitada ao Programa do Desenvolvimento Industrial e Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), sendo a ela conferido o diferimento para bens do ativo imobilizado e recipientes para gases comprimidos (GNV), conforme certificados de nº 00.4170.000-7 e 00.45163.000-9, a partir de setembro de 2003. Que de março a setembro de 2003, o defendente efetuou apenas o recolhimento do ICMS sobre a importação, com tributação normal nas saídas de mercadorias, não recolhendo a antecipação quando das entradas. Disse que de outubro de 2003 a dezembro de 2004, a empresa suspendeu o imposto sobre as importações que até então recolhia. Quanto às infrações 1 a 3, diz estarem desprovidas de contraprovas materiais, não rebatendo assim a acusação feita. Opinou pelo indeferimento da diligência pleiteada, uma vez que o autuado sequer demonstrou onde se deram os supostos equívocos nos levantamentos fiscais elaborados.

Quanto a infração 1, explicou que a mesma decorreu da remessa de chapas de aço para industrialização de cilindros de alta pressão, pelo regime de Exportação Temporária (fls 275/76), sem o conseqüente retorno, indicando que após industrializada, a mercadoria foi importada, sob a forma de produtos acabado, cujas notas fiscais discriminam apenas os cilindros de alta pressão GNV. Observou que o a alegação do contribuinte de que não houve esses fatos geradores é contraditada pelas saídas dessas no livro de Registro de Apuração do autuado (fls 225 e 229). Esclareceu que essa infração não se vinculou ao levantamento quantitativo de estoques, uma vez que a mercadoria autuada, chapas de aço, não constou do referido levantamento. Observou que o contribuinte não acostou prova hábil suficiente para elidir a pretensão fiscal.

Em relação à infração 2, acatou a argumentação de que parte das notas fiscais ali arroladas era de fato simples remessa, excluindo da infração os débitos apurados referentes a 2003, bem como reduzindo o valor constatado para 2004, assumindo este o montante de R\$1.554,80, passando a natureza da omissão a ser considerada como de saídas, ao invés de entradas. Considerou da alçada dessa JJF a Decisão de aceitar ou não a diligência requerida pelo autuado.

Ressaltou que a infração 3 vinculou-se a 2, e como essa foi reduzida, aquela também sofreu alteração, exigindo-se apenas R\$544,18 a título de imposto, e não de multa, referente a 2004.

Para as infrações 7 e 8, frisou que após o desembaraço aduaneiro supõe que as mercadorias foram transferidas para este Estado, e que todos os dados das DI's referem-se exclusivamente a matriz situada na Bahia. Chamou a atenção para o fato de que as notas fiscais anexadas ao processo de

importação pelo defendente, com o endereço de São Paulo, apenas confirmam o uso indevido de formulário de notas fiscais, uma vez que nessa época a matriz já tinha se transferido para este Estado. Acrescentou que a infração 7 refere-se à exigência do imposto sobre mercadorias antecipadas e a de nº 8 a importação dessas mercadorias. Concluiu pela procedência parcial da autuação.

À fl. 1551 o autuado juntou cópias de notas fiscais com o fim de consubstanciar a defesa das infrações 1 a 3.

À fl. 1741 requereu extensão do prazo para se manifestar sobre a informação fiscal, em face do expressivo número de documentos fiscais e da complexidade da autuação, sendo o pedido deferido, e reaberto o prazo de defesa.

Às fls. 1745/67 o autuado voltou a se manifestar, dizendo que não restou provado a venda de mercadorias sem nota fiscal, solicitando por essa razão o afastamento da 1ª infração. Em relação à 2ª e 3ª infrações, assinalou que as notas fiscais anexadas aos autos em 16/02/2006, consubstanciando o quanto alegado na defesa, elidem os valores residuais. Reiterou a diligência requerida quanto a essas duas infrações.

Quanto as infrações 7 e 8, insistiu que as importações foram feitas pelo estabelecimento de São Paulo, e lá permaneceram as mercadorias. Ressaltou que não se comprovou que as mesmas circularam na Bahia.

O autuante em nova informação fiscal (fl 1769) aduziu que o autuado não apresentou fato novo que alterasse a situação do presente Auto de Infração. Esclareceu que as notas fiscais apensadas aos autos pelo contribuinte em sua última manifestação são reproduções de notas fiscais anexadas anteriormente.

Às fls 1772/73 juntaram-se ao PAF extratos de sistemas informatizados dessa SEFAZ com o pagamento parcial deste Auto de Infração.

O PAF foi baixado em diligência (fls 1776) por essa JJF com o fim de que o autuante se manifeste sobre os documentos juntados ao processo em comento, bem como a nova defesa apresentada, e fosse intimado o contribuinte a apresentar livro de Registro de Entradas de Mercadorias, do estabelecimento de São Paulo, com o registro das notas fiscais referentes as DI's autuadas.

O autuante em atendimento a diligência solicitada (fls 1783/84) esclareceu que já havia se pronunciado sobre as notas fiscais citadas na diligência requerida, tornando-se desnecessário qualquer tipo de análise. Observou que as notas fiscais em discussão quanto às infrações de nº 7 e 8 já haviam sido anexadas anteriormente ao processo. Reproduziu o entendimento manifestado em informação fiscal acerca da inidoneidade das notas fiscais autuadas quanto a essas infrações. Acrescentou que o livro de Registro de Entradas de nº 2 consta em sua abertura o CNPJ da matriz, o que o levou a certeza de que um mesmo CNPJ possuía dois livros de Entrada, ambos abrangendo o mesmo período. Informou que o contribuinte anexou cópia do cadastramento de sua filial no Estado de São Paulo, demonstrando que o efetivo cadastramento dessa se deu em julho de 2003 (fl 1782).

A patrona do autuado, em sustentação oral disse que se reservava ao direito de se insurgir apenas contra as infrações 7 e 8, nesse momento, uma vez que entendia como satisfatórios os argumentos trazidos à lide quanto as demais infrações. Reiterou ter havido apenas erro formal quanto ao uso de CNPJ da matriz pelo estabelecimento de São Paulo, salientando que as mercadorias não foram destinadas à Bahia, tendo sido pago o imposto dessas naquele Estado.

O autuante, em contradita, reiterou seu posicionamento quanto ao uso indevido pelo sujeito passivo tributário das notas fiscais arroladas por ele como prova do cometimento das infrações de nº 7 e 8.

A referida 5ª JJF, no tocante às infrações objeto da presente autuação, manifestou-se da seguinte forma:

- a) quanto à infração 1, entendeu que *“a infração ali configurada não guarda equivalência com a multa aplicada, uma vez que não se flagrou o contribuinte vendendo mercadorias sem a pertinente documentação fiscal”*, observando, ainda, que *“as mercadorias eram destinadas à exportação, portanto sem a incidência do imposto”*; acrescentou que *“as provas anexadas aos autos pelo autuante demonstram irrefutavelmente que o sujeito passivo tributário descumpriu a legislação ao não emitir a documentação fiscal na forma a que estava obrigado, ou seja, exportando-as definitivamente ou, se confirmado o suposto pelo autuante, discriminando-as na importação do produto acabado”*, substituindo *“a multa aplicada pela de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei de nº 7.014/96, fundamentando esse agir no art. 158 do RPAF”*;
- b) no tocante à infração 2, decidiu o quo que *“Como esse CONSEF através de reiteradas decisões tem se manifestado que essa alteração de omissão de entradas para saídas não configura mudança no ‘fruto da acusação’, uma vez que a mencionada presunção (omissão de entradas) abrange uma série de estágios diferenciados, precedendo a omissão de saídas”*, foi acatada a alteração quanto a natureza da omissão, reduzindo-se o valor exigido dessa infração para R\$1.554,80, conforme recomendação do autuante, ressaltou, ainda, que *“no ano de 2004 o contribuinte usufruía os benefícios do DESENVOLVE, pagando o imposto das mercadorias substituídas nas saídas e não nas entradas, razão pela qual não se aplicou a multa fixa pelas saídas de mercadorias substituídas, e sim se exigiu o imposto que não fora pago”*;
- c) de referência à infração 3, manifestou-se a primeira instância no sentido de que *“houve alteração quanto à natureza da omissão do item anterior, passando de omissão de entradas para a de saídas, e como esta infração está associada àquela, constato que o enquadramento aplicado não mais se configura”*, visto que *“cabia ao autuante cobrar o próprio imposto substituído e não mais a multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado, uma vez que não se constatou a tributação regular nas operações subseqüentes, não se perfazendo a tipificação dada a esta ocorrência”*;
- d) no que tange às infrações 7 e 8, analisadas em conjunto pela R. Junta de Julgamento, entendeu aquele colegiado que *“consta como solicitante no pedido de compra (mais conhecido como invoice) referente à nota fiscal autuada, de nº 43, o estabelecimento de São Paulo”*, constatando que *“todas as notas fiscais autuadas foram registradas no livro de Registro de Entradas desse estabelecimento (o de nº 02)”*; nesse sentido, prosseguiu, o contribuinte *“juntou ao PAF consulta a Secretaria da Fazenda de São Paulo, a qual constata divergência quanto ao número do CNPJ”*, razão pela qual *“A soma desses fatos, e a falta de prova quanto à entrada das mercadorias autuadas neste Estado, fazem prevalecer às razões defensivas sobre a autuação dessas infrações”*, substituindo as mesmas pela aplicação de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), contida no art. 42, XXII do RPAF;
- e) recomenda a devolução dos livros fiscais entregues pelo contribuinte como prova de suas alegações e elabora novo Demonstrativo de Débito, em que indicado o valor devido pelo autuado como sendo de R\$300.840,28.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de primeira instância. Senão, vejamos.

No que diz respeito à infração 1, a mesma, de fato, não guarda equivalência com a multa aplicada, uma vez que restou comprovado nos autos que o contribuinte se encontrava vendendo mercadorias sem a pertinente documentação fiscal. Ademais, insta salientar que as mercadorias eram destinadas à exportação, não havendo, portanto, a incidência do imposto. Por tal razão, deve prevalecer a multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei de nº 7.014/96, à luz do art. 158 do RPAF.

Quanto a infração 2, tendo em vista que este órgão julgador, através de reiteradas decisões, tem se manifestado no sentido de que é possível a alteração de omissão de entradas para saídas e que tal fato não se configuraria como mudança no fulcro na autuação, deve efetivamente ser acolhida a alteração quanto a natureza da omissão, reduzindo-se o valor exigido dessa infração para R\$1.554,80, conforme recomendado pelo próprio autuante. Impende ressaltar, ademais, que no ano de 2004 o contribuinte usufruía os benefícios do DESENVOLVE, pagando o imposto das mercadorias substituídas nas saídas e não nas entradas, razão pela qual não se aplicou a multa fixa pelas saídas de mercadorias substituídas, e sim se exigiu o imposto que não fora pago.

No que tange à infração 3, evidencia-se, como brilhantemente decidido em primeira instância, a improcedência da mesma, uma vez que, como visto, houve alteração quanto à natureza da omissão do item anterior, passando de omissão de entradas para a de saídas. Logo, como esta infração está ligada à anterior, não há como se configurar o enquadramento aplicado na autuação. Saliento que caberia ao autuante exigir o próprio imposto substituído e não mais a multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado, uma vez que não se constatou a tributação regular nas operações subseqüentes, não se perfazendo a tipificação dada a esta ocorrência.

Por fim, quanto às infrações 7 e 8, também objeto de redução em primeira instância, é o estabelecimento de São Paulo que realmente consta como solicitante no pedido de compra (mais conhecido como invoice). Daí porque, restando demonstrado que todas as notas fiscais autuadas foram registradas no livro de Registro de Entradas desse estabelecimento (o de n° 02), bem como que foi juntado ao PAF consulta à Secretaria da Fazenda de São Paulo, constatando a existência de divergência quanto ao número do CNPJ, razão pela qual devem prevalecer as razões defensivas sobre a autuação dessas infrações, tendo agido com acerto o *a quo* ao substituir as mesmas pela aplicação de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), contida no art. 42, XXII do RPAF.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, como espeque na Decisão recorrida, como se aqui estivesse literalmente transcrita, inclusive no que concerne ao Demonstrativo de Débito nela inserido, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado, mantendo-se a Decisão de Primeira Instância em toda a sua inteireza.

Recomendo que sejam devolvidos ao autuado os livros fiscais pelo mesmo entregues.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298616.0025/05-8**, lavrado contra **FABER PAPAIZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$226.748,17**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.554,80 e 60% sobre R\$225.193,37, previstas, respectivamente, no art. 42, III; II, “d”, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$74.092,11**, previstas no art. 42, II, “d”, § 1º e XXII, da citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS