

PROCESSO - A. I. Nº 206921.0023/05-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PBS REVESTIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0037-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/07

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas a preliminar de nulidade. 3. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento em relação às infrações 3 e 4, uma vez que foram feitas com base em listagem do CFAMT e de fornecedores. Apesar de ter sido realizada diligência, o autuante não conseguiu acostar os autos cópias das notas fiscais, o que cerceou o direito de defesa do contribuinte. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A multa deve ser aplicada por Auto de Infração lavrado, independente da quantidade de exercícios envolvidos no procedimento fiscal. Mantida a penalidade apenas sobre um único período. **b)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão recorrida para tornar nula a exigência fiscal pertinente ao exercício de 2004 - infração 7. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

-Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0037-04/07,

que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e multas no valor total de R\$ 58.056,22, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido as notas fiscais coletadas no CFAMT. Foi indicada multa no valor de R\$ 243,06.
2. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 962,50, 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.
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 39.890,08, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, referente a notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como a informações contidas nos arquivo do fornecedor.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem registro na escrita fiscal, referente a notas fiscais verificadas no arquivo do fornecedor. Foi indicada multa de R\$ 1.983,21.
5. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas em a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Foi aplicada multa no valor de R\$ 150,00.
6. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 2.487,80, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
7. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 12.339,57, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado apresentou defesa e, quanto à Infração 1, alegou que as Notas Fiscais n^{os} 78983, 79004, 164673, 106517, 140641, 239 e 240 foram escriturados no livro Registro de Entradas (LRE), conforme fotocópias anexadas às fls. 377 a 386.

Relativamente à Infração 2, disse que as Notas Fiscais n^{os} 239 e 240 foram escrituradas e o diferencial de alíquotas foi pago.

Quanto às Infrações 3 e 4, reconheceu que efetuou parte das aquisições relacionadas na autuação, porém frisou que em relação a essas aquisições o imposto foi pago, conforme o LRE que acostou ao processo. Quanto às demais operações, diz que o procedimento fiscal é nulo, pois não há cópia das notas fiscais nos autos, o que cerceou o seu direito de defesa.

Quanto às Infrações 5, 6 e 7, o autuado nega o cometimento das irregularidades.

Na informação fiscal, quanto à Infração 1, o autuante acatou o argumento defensivo em relação às Nota Fiscais n^{os} 78983, 79004, 164673, 106517, 140641, 239 e 240 e, em consequência, o débito passou para R\$ 145,99.

No que tange à infração 2, acolheu a alegação defensiva pertinente às Notas Fiscais n^{os} 239 e 240, reduzindo o débito para R\$ 272,50.

Quanto às Infrações 3 e 4, reconheceu que uma parte das notas fiscais arroladas na autuação foi escriturada no LRE e, desse modo, os valores devidos foram retificados e passaram para, respectivamente, R\$ 36.654,46 e R\$ 1.879,72.

Relativamente às Infrações 5, 6 e 7, o autuante manteve a ação fiscal, alegando que o autuado não apresentou argumentos capazes de modificar a auditoria realizada.

O processo foi convertido em diligência, para que fossem entregues ao autuado cópias de todas as notas fiscais que embasaram as Infrações 1, 2, 3 e 4.

Em atendimento à diligência, o autuante informou (fl. 1.232) que o autuado recebeu cópia das notas fiscais referentes às Infrações 1 e 2, porém não foi possível entregar cópias das notas fiscais pertinentes às Infrações 3 e 4, pois a auditoria fiscal foi realizada com base em arquivos do fornecedor e, portanto, não possuía cópias das notas fiscais.

Em novo pronunciamento, o autuado reiterou o pedido de nulidade e de revisão fiscal, bem como solicitou a improcedência da autuação.

Na decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada quanto às Infrações 1, 2, 5, 6 e 7, uma vez que a 4ª JF decidiu que não havia vício capaz de acarretar a nulidade dessas infrações.

Contudo, no que tange às Infrações 3 e 4, a preliminar de nulidade foi acolhida. O ilustre relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Acolho o pedido de nulidade constante da peça defensiva, baseado na alegação de que não teria recebido cópia das notas fiscais que embasaram a autuação, pois apesar do PAF ter sido convertido em diligência, o autuado não acostou aos autos as cópias das notas fiscais objeto da presente lide, juntando apenas listagem com alguns dados dos referidos documentos, impossibilitando o autuado a exercer seu direito de defesa. Portanto, as infrações 03 e 04 são nulas, recomendando que o procedimento fiscal seja renovado a salvo da incorreção apontada.

No mérito, as Infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes em parte, nos valores de R\$ 145,99 e R\$ 272,50, respectivamente, conforme apurado pelo autuante na informação fiscal.

A infração 5 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 50,00. Explicou o relator que, apesar de a omissão de saída ter ocorrido em três diferentes exercícios, o CONSEF firmou o entendimento de que a multa deve ser aplicada por autuação, independente da quantidade de exercício.

A Infração 6 foi julgada procedente e, portanto, não será objeto do presente Recurso de Ofício.

A Infração 7 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 870,73, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto na tese de que o valor cobrado na Infração 7 relativamente ao exercício de 2004, no valor de R\$ 11.468,84, não poderia subsistir, uma vez que, segundo a acusação, estaria sendo exigido o ICMS sobre o valor acrescido em relação a infração 6, entretanto o exercício em questão não foi objeto de cobrança na infração 6 (responsável solidário), logo não pode ser nenhuma base para se calcular a antecipação (infração 7).

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JF recorreu de ofício de sua decisão.

VOTO

No presente Recurso de Ofício estão sendo submetidas à apreciação desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal a Decisão proferida pela 4ª JF relativamente às Infrações 1 a 5 e 7.

Quanto às Infrações 1 e 2, as quais foram julgadas procedentes em parte, constato que as fotocópias de livros Registro de Entradas do recorrido acostadas às fls. 377 a 386 – cuja autenticidade não foi questionada pelo autuante – comprovam o registro das entradas consignadas nas Notas Fiscais nºs 78983, 79004, 164673, 106517, 140641, 239 e 240, bem como o lançamento do diferencial de alíquota pertinente a essas duas últimas notas. Dessa forma, foi correta a decisão recorrida relativamente a essas duas infrações.

No que tange às Infrações 3 e 4, as quais foram julgadas nulas, observo que efetivamente não consta nos autos cópia das notas fiscais arroladas na autuação. Esse fato torna as acusações inseguras, uma vez que não há provas das aquisições que teriam originado as infrações. Sem as referidas notas fiscais não há como saber se as operações arroladas na autuação eram destinadas ao recorrido, bem como não há como saber se os valores e as quantidades utilizados pelo autuante estão corretos. Além disso, a ausência das notas fiscais cerceou o exercício do direito de defesa do recorrido.

A Primeira Instância teve o cuidado de converter o processo em diligência, para que o autuante saneasse o vício que maculava o lançamento, contudo o autuante informou que não era possível apresentar as notas fiscais. Dessa forma, foi acertada a decisão recorrida que julgou nulas as infrações 3 e 4, pois a ausência dos documentos fiscais trouxe insegurança à determinação da infração, do infrator e do valor devido, bem cerceou o direito de defesa do recorrido.

Relativamente à Infração 5, a qual foi julgada procedente em parte, foi correta a decisão recorrida, pois, nos casos de omissão de saída de mercadorias isentas, não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, a multa deve ser aplicada de acordo com a irregularidade apurada, e não em função da quantidade de exercícios fiscalizados.

Na Infração 7, foi lançado ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter o recorrido adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamentos quantitativos de estoques referentes aos exercícios fechados de 2002 e 2004.

Nesse item do Auto de Infração, a Fazenda Pública Estadual sucumbiu apenas quanto ao exercício de 2004. Efetivamente, procede a tese defendida pela primeira instância, pois a infração não pode subsistir quanto a esse exercício. Porém, a razão para a sucumbência relativamente ao exercício de 2004 é a nulidade da ação fiscal, uma vez que o demonstrativo de fls. 123 a 130 não evidencia a forma como foi apurado o imposto cobrado no exercício em questão.

Dessa forma, a exigência fiscal referente ao exercício de 2004 é nula, por insegurança na determinação do valor devido e por cerceamento de defesa.

Nos termos do disposto no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da Infração 7, quanto ao exercício de 2004. Também deverá ser verificada a existência de imposto a recolher na Infração 6, relativamente ao exercício de 2004 e, sendo o caso, efetuar o lançamento tributário do imposto devido.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para manter inalterada a decisão recorrida quanto às Infrações 1 a 6 e modificar a decisão recorrida referente à Infração 7, declarando nula a exigência fiscal referente ao exercício de 2004.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a decisão recorrida e considerar nula a exigência fiscal referente ao exercício de 2004 do item 7, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206921.0023/05-6, lavrado contra **PBS REVESTIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.631,03**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.487,80 e 60% sobre R\$1.143,23, previstas no art. 42, III, II, “d” e “f”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$195,99**, previstas no art. 42, XI e XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos, e recomendada a renovação do procedimento fiscal em relação a infração nº 7.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. PGE/PROFIS