

A. I. Nº - 298948.0048/07-0
AUTUADO - BIOTRADE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05.06.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0156-04/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Diligência fiscal refez os demonstrativos o que resultou em redução do débito. **Infração elidida em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Não tendo se creditado do imposto que deixou de ser recolhido, foi convertida a exigência do imposto em multa (art. 42, § 1º cc o inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96). **Infração procedente em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **Infração reconhecida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO.** Diligência fiscal comprovou que as mercadorias objeto da infração (amostra grátis) foram vinculadas a operações de saídas tributadas. **Infração descaracterizada. b) MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO DO ICMS. c) ESTORNO DE CRÉDITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO.** **Infrações reconhecidas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) ATIVI IMOBOLIZADO. DESINCORPORAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Diligência fiscal comprovou que se trata de operações de locação e sublocação de bens, não tendo havido desincorporação. **Infração elidida. b) FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NAS SAÍDAS EFETIVAS DE MERCADORIAS COMERCIALIZADAS PARA ENTREGA FUTURA.** Documentos juntados com a defesa comprovam que a operação foi tributada pela nota fiscal de faturamento em momento antecedente à remessa das mercadorias sem tributação. **Infração não caracterizada. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de perícia que foi suprida com a realização de diligências por fiscal estranho ao feito. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2007 e exige ICMS no valor de R\$209.424,94, acrescido de multas de 60% e 70%, mais multa 10%, por descumprimento de obrigação acessória referente às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis - R\$44.150,83.
02. Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização - R\$38.623,09.
03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta na descrição da infração que o contribuinte deixou de registrar notas fiscais coletadas mediante sistema CFAMT, juntadas ao processo, conforme anexo tendo o contribuinte recebido cópia dos referidos documentos - R\$4.402,98.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Consta na descrição que o contribuinte adquire mercadoria, registra como amostra grátis e utiliza-se do crédito fiscal - R\$5.446,26.
05. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento. Consta ainda que o contribuinte recebe ativo imobilizado, posteriormente remete o referido bem para empresa localizada no Estado da Bahia sem tributação - R\$81.390,07.
06. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Contribuinte efetuou estorno, conforme lançamento do RAICMS/BA. Efetuando lançamento em outros créditos sem a comprovação do estorno - R\$7.915,36.
07. Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente a título de antecipação tributária. Contribuinte utilizou como crédito valor maior do que o recolhido ou creditou-se do valor antes do pagamento do imposto - R\$ 26.573,92.
08. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte comercializa mercadorias para entrega futura e deixou de tributar as saídas efetivas, CFOP 5117 - R\$ 922,43.

O autuado juntou petição às folhas 226 a 230, reconhecendo parte do débito, e requereu o seu pagamento, com objetivo de obter benefícios previstos regularmente.

Apresenta defesa às folhas 236 a 247, alega preliminarmente que teve cerceado o seu direito de defesa sob o argumento de que na pressa de concluir o levantamento quantitativo de estoques, o autuante não detalhou a omissão de que está sendo acusado, em total afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 29 do RPAF/BA) entendendo que os relatórios que acompanham o Auto de Infração são insuficientes para demonstrar a inverídica omissão no recolhimento do tributo, motivo pelo qual requer a sua nulidade.

Argumenta sobre as infrações 01 e 02, enquadradas no artigo 42, III e II “d”, da Lei nº 7.014/96, tipificando como fraudulenta a infração tributária, o que vai de encontro ao histórico de sua conduta ordeira e cumpridora de suas obrigações principais ou acessórias, pugna pela desclassificação da multa, para preservar sua idoneidade, excluindo a hipótese de dolo, simulação e má-fé do lançamento de ofício.

Informa que utilizando benefício contido nos artigos 45, II c/c o art. 45-A da Lei nº 7.014/96, formalizou opção de pagamento, tendo se deparado com dificuldade no atendimento do Serviço

de Atendimento ao Consumidor (SAC) quanto à redução da multa, o que impossibilitou efetivar o pagamento.

Aponta necessidade de realização de perícia técnica (art. 145 do RPAF), por estranho ao feito.

No mérito, quanto à Infração 01, reconhece apenas omissão, relativo ao item de código 138 – Accu – Check Advantage-Tira 50, no aporte de R\$3.312,23, já tendo sido recolhido.

Alega inexistência de motivos (art. 936, §1º do RICMS/BA), em relação aos demais valores, requerendo realização de perícia técnica, e nulidade. Pugna pela procedência parcial desta infração, apenas em relação aos valores reconhecidos e objeto de parcelamento.

No que tange à infração 02, alega que houve, de fato, equívocos no registro das operações, porém os valores envolvidos são de R\$8.341,28 e R\$3.279,80, relativos aos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente, já recolhidos, conforme demonstrado.

Ressalta que falhas do sistema de processamento de dados da autuada não trouxeram sonegação do imposto, vez que os valores envolvidos não foram creditados, proporcionando arrecadação superior à efetivamente devida e requer aplicação do disposto do art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, com exclusão da obrigação principal e aplicação de multa.

Relativo à infração 03, afirma inexistência de dolo, o autuado, pugna apenas, um julgamento, na forma prevista no art. 158 do RPAF, em decorrência de ausência de má-fé no trato da questão e do espontâneo recolhimento, conforme autorização prevista nos artigos. 45 e 45-A da Lei nº 7.014/96 solicita a exclusão da multa de infração de acordo com os mencionados dispositivos legais, desclassificando a penalidade, por inexistir ocultação ou simulação.

No que tange a infração 04, ratifica a ausência de clareza no enquadramento legal da infração. Diz que o fiscal aponta o art. 97, I do RICMS/BA, mas não aponta qual a letra “a” ou “b”, afrontando o princípio do contraditório e da ampla defesa. Afirma que as operações não foram lesivas ao Fisco, pois a tributação se deu na saída das mercadorias, conforme consta das notas fiscais anexas de venda ao consumidor, que o autuante recusou-se a verificar diante da solicitação do contribuinte.

Esclarece que recebe amostra grátis com destinação certa, ficando fácil sua comprovação, por perícia técnica. Requer nulidade por omissão no enquadramento da infração, art. 39, III do Decreto 7.629/99, ou, alternativamente, a improcedência da referida ação fiscal.

Quanto à infração 05, diz que a ação fiscal aponta contratos de locação e sublocação como fatos geradores do ICMS, em afronta ao disposto no art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA. Alega que, pelo negócio jurídico estar fora do campo de incidência do ICMS, requer a improcedência da ação fiscal.

Atinente à infração 6, alega que os lançamentos, pelo volume de operações mercantis verificadas indicam que inexistiu dolo, simulação ou má-fé, mas, tão somente, erro operacional. Reconhece o débito, que se propõe a pagar no prazo de 20 dias, com redução da multa (art. 45-A da Lei nº 7.014/96).

No tocante à infração 7, alega que recebeu a antecipação do tributo na operação, o que caracteriza mero erro operacional e não a conduta descrita no Auto de Infração (DAE em apenso, doc. 04) e, em face do pagamento da obrigação tributária, requer a improcedência da multa de infração.

Quanto à infração 8, diz que o autuante não observou que houve o recolhimento do tributo nas operações com notas fiscais de simples faturamento, código 5922, antecipadamente, e a remessa de mercadorias com código 5117, ocorreu sem a tributação, pois foi tributada anteriormente, de acordo com o doc. 05. Face ao recolhimento do imposto, no calendário fiscal, requer sua improcedência.

Ratifica a realização de perícia, amparado no art. 145 do Dec. 7.629/99, requer nulidade da ação fiscal, exclusão dos gravames de simulação, fraude, dolo, má-fé e procedência parcial da ação fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às folhas 2059 a 2064, inicialmente discorre sobre a defesa e ressalta que o autuado reconheceu parte do débito, ou seja, integralmente as infrações 6, 7 e 8, e parcialmente as infrações 1 (R\$3.312,23) e 2 (R\$6.985,48), tendo solicitado parcelamento. Contesta os argumentos defensivos, conforme passou a expor.

Em relação à infração 01, diz que o levantamento foi realizado com base nos dados do arquivo magnético do contribuinte, ratifica a consistência do resultado quantitativo item por item tendo considerados os inventários inicial e final, as entradas e saídas do período, o que caracteriza a omissão de saída conforme relatórios SAFA (fls. 138 a 204). Afirma que apesar do autuado ter reconhecido apenas o item 138 (ACCU ADVANTAGE – TIRAS 50), não demonstra na defesa os demais itens em relação às diferenças apuradas. Mantém a Infração.

Quanto à infração 02, alega que o autuado não demonstra como fez a antecipação parcial e chegou aos valores reconhecidos como devidos de R\$8.341,28 (2004) e R\$3.278,80 (2005) resultantes de quais notas ou itens de mercadoria objeto da antecipação parcial. Mantém a Infração.

Concernente à infração 03, afirma que o autuado reconhece ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não efetuou o seu registro, conforme notas fiscais juntadas ao processo que foram coletadas no sistema de Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito CFAMT, cujas cópias lhe foram fornecidas e que não procede à alegação de que não causou prejuízo ao Fisco, por ter deixado de aproveitar os créditos fiscais. Afirma que sendo reconhecida a infração, deve ser mantida a penalidade imposta, conforme dispõe a legislação vigente.

No que tange a infração 04, explica que na operação com os referidos produtos cuja natureza seja “amostra grátis”, os mesmos devem atender às especificações dispostas no art. 16 do RICMS, e vedado o crédito. Com relação às operações de saída, diz que fica caracterizado que o contribuinte não comercializou as mercadorias adquiridas como amostra grátis. Mantém a Infração.

Relativo à infração 05, ressalta que o objeto social do contribuinte, registrado na Junta Comercial é “Comércio de Artigos aparelhos, Máquinas, Equipamentos e Produtos Laboratoriais em Geral e Assistência Técnica para Laboratórios”. Diz que as notas fiscais, objeto da infração 9799, 9900, 9801, emitida pela Biotrade (fls. 132 a 137) tiveram como natureza de operação (CFOP) 5554 – Remessa ativo imobilizado no Estado, para estabelecimento alheio ao contribuinte, não se enquadrando nas situações previstas no art. 27 do RICMS/BA. E que nas operações previstas no art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA, o contribuinte deveria atender o disposto no art. 563 do RICMS/BA. Mantém a Infração.

Quanto as infrações 6, 7 e 8 afirma que foram quitadas com o parcelamento 669107-2, extinguindo-se o crédito tributário.

O contribuinte foi intimado para assinar a defesa (fl. 2069). A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 2072, relatório de parcelamento parcial de débito.

A 4ª JJF converteu o processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 2074) para que intimasse o impugnante para que apresentar:

- a) demonstrativo indicando notas fiscais de entradas e saídas de todos os produtos (infração 1);
- b) DAEs relativos ao recolhimento do ICMS antecipação parcial (infração 2);
- c) notas fiscais de saídas dos produtos indicados como amostra grátis (infração 4);
- d) documentos que comprovem recebimentos de locações (infração 5).

No Parecer ASTEC 80/08, foi informado que após ter sido intimada, a empresa fez entrega de demonstrativos constantes dos Anexos I a IV (fls. 2081 a 2872), detalhando as entradas e saídas dos produtos objeto do levantamento fiscal, em relação à infração 1, o que resultou em:

Exercício de 2004: OMISSÃO DE SAÍDA: reduziu a base de cálculo de R\$180.793,00 para R\$22.909,63 e valor devido de R\$3.894,63 (fl. 2083) e OMISSÃO DE ENTRADA: reduziu a base de cálculo de R\$144.297,62 para R\$304,70 e valor devido de R\$51,80 (fl. 2167);

Exercício de 2005: OMISSÃO DE SAÍDA: a base de cálculo original de R\$78.917,82 foi reduzida a zero (fl. 2083) e a OMISSÃO DE ENTRADA: reduziu a base de cálculo de R\$70.957,19 para R\$67.184,20 e valor devido de R\$641,41. O demonstrativo indica R\$11.421,31 (fl. 2347).

Com relação à infração 2, esclarece que os DAEs apresentados referentes ao ICMS antecipação parcial já foram considerados no demonstrativo elaborado pelo autuante, permanecendo os valores exigidos na infração, conforme Anexo V (fl. 2448).

Relativamente à infração 4, informa que junto com o Anexo VI (fl. 2530) o recorrente juntou as notas fiscais de entradas e de saídas relativo aos mesmos produtos, que foram tributados. Com isso fica eliminado totalmente o valor exigido.

No tocante à infração 5, esclarece que em relação ao exercício de 2004:

- a) Agosto: a nota fiscal 9541 emitida para aluguel de equipamento à Associação de Pais Excepcionais de Salvador, foi cancelada sem indicação de motivo e emitida a nota fiscal 9801 em 13/09/04 com valor de R\$125.643,66 para o mesmo destinatário;
- b) Setembro: as notas fiscais 9799 e 9800, emitidas para o Hospital Geral Roberto Santos, referem-se à saída de equipamentos em regime de comodato, conforme declarado pelo Laboratório.

A nota fiscal 9801, conforme acima explicado, decorreu do cancelamento da nota fiscal 9541 relativo a aluguel a Associação de Pais e Excepcionais de Salvador, conforme nota fiscal de prestação de serviços nº 121 e depósitos realizados na conta do Bradesco.

- c) Dezembro: não foi apresentada nenhuma comprovação relativa à base de cálculo de R\$5.741,58, permanecendo o valor exigido de R\$971,48.

Juntou às fls. 2615 a 2672 diversos documentos pertinentes à infração e em seguida fez um resumo dos valores remanescentes relativos às infrações que foram objetos da diligência (fls. 2078 e 2079).

O processo foi encaminhado ao autuante e autuado para tomarem conhecimento do resultado da diligência (fl. 2673), tendo o impugnante se manifestado às fls. 2680 a 2685, requerendo a realização de nova diligência para retificar equívocos constantes da mesma, conforme passou a expor.

Transcreve decisão contida no Resp 917704/RS (fls. 2682/83), cujo Relator foi o ministro José Delgado para reforçar seu posicionamento de que devem ser reanalisadas as provas juntadas ao processo para quantificar corretamente o crédito tributário.

Com relação à infração 1, reconhece o valor apontado relativo ao exercício de 2004, porém afirma que houve um equívoco em relação ao exercício de 2005, ao indicar uma redução da base de cálculo de R\$70.957,19 para R\$67.184,20 quando o correto seria R\$3.772,99 e valor devido de R\$641,41 conforme indicado na conclusão do Parecer.

Relativamente à infração 2, afirma que persiste equívocos cometidos pelo autuante, defesa e diligente, conforme demonstrativos que junta ao processo, após análise detalhada do livro de Registro de Entrada e DAEs.

Diz que referente ao exercício de 2005 existe uma diferença a menos de R\$4.409,19 relativa aos meses de Jan/Mar/Abr/Out/Nov e Dez e a mais de R\$4.285,91 nos meses de Mai/Jun/Jul e Ago, o que resulta em diferença devida de R\$123,28.

Relativo ao exercício de 2004 afirma que existe uma diferença a menos de R\$4.058,70 relativa aos meses de Mar/Jul/Set/Out/Nov e Dez e a mais de R\$130,87 nos meses de Abr/Jun e Ago, o que resulta em diferença devida de R\$3.927,83.

Alega que nos períodos de 2004 e 2005 a diferença total apurada é de R\$4.051,09 relativo a antecipações não recolhidas e cujo crédito fiscal correspondente não foi utilizado na apuração mensal do ICMS, o que no seu entendimento não causa prejuízo ao Erário Público.

No tocante à infração 5, afirma que o valor remanescente indicado de R\$5.714,85 refere-se à peça complementar de equipamento locado conforme contrato juntado às fls. 2801 a 2805; nota fiscal 10669 de remessa de bem de ativo recebido de terceiros e nota fiscal de entrada 24007 (fl. 2811) emitida pela Roche.

Conforme documento juntado à fl. 2813, foi cientificado o Supervisor da Infaz Varejo, em decorrência do “autuante não se encontrar lotado” naquela Inspeção.

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência (fl. 2817) para que a diligente da ASTEC, analisasse o valor apurado à fl. 2347, em relação ao débito indicado na fl. 2072, da infração 1.

Com relação a infração 2, fosse analisado os comprovantes de pagamentos juntados pelo autuado na sua manifestação e refizesse o demonstrativo com base no que fosse comprovado.

No tocante à infração 5, verificasse na contabilidade quanto a locação de equipamentos.

No Parecer 28/09 a diligente esclarece que em relação a infração 2, o autuado já tinha apresentado os DAEs (fls. 2451/2529) e que foram refeitos os demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 49/50), com base nos pagamentos que foram efetuados, resultando em diferença devida de R\$56.691,52 relativo ao exercício de 2004 e R\$4.284,99 referente ao exercício de 2005, conforme demonstrativo à fl. 2820, tendo como base as notas fiscais juntadas às fls. 54/117 e DAEs com código de arrecadação 2175 (antecipação parcial) constantes da relação juntada as fls. 51/53, totalizando R\$63.976,51.

Observa que os valores grafados no Auto de Infração pelo autuante correspondem à multa de 60%, conforme indicado no demonstrativo às fls. 49/50 diferindo dos valores ora apurados que correspondem ao imposto recolhido a menos.

Relativamente à infração 5, informa que o autuado não apresentou os documentos solicitados para comprovar o recebimento e contabilização do valor da locação relativo ao bem consignado na nota fiscal 1066 e nota fiscal de entrada 24007 emitida pela Roche.

Cientificado do resultado da diligência, o autuante não se manifestou (fl. 2826), tendo o autuado se manifestado às fls. 2830/2833.

Com relação à infração 2, afirma que além de aplicar alíquota divergente da determinada pela Lei, o autuante incluiu operações que tratam de demonstrações, conforme documentos que anexou ao processo. Reconhece o recolhimento a menos do imposto nos meses de setembro e outubro/04 com valores respectivos de R\$158,16 e R\$3.336,54.

No que se refere à infração 5, esclarece que a nota fiscal 24007 emitida pela Roche refere-se a envio ao Labaclen com finalidade de substituição de peça de máquina daquela empresa que seria sublocada ao citado laboratório. Afirma que a máquina estava em teste para aprovação quando deu defeito e a locação não se concretizou, tendo a peça sido devolvida ao autuado, que a devolveu a Roche.

Diz que junta a nota fiscal 24007 relativa a remessa da Roche para a Labaclen e a nota fiscal 10669 de remessa para a Labaclen e nota fiscal 11692 de devolução da Biotrade pela Labaclen e por sua vez a nota fiscal 11639 de devolução pelo autuado a Roche.

Afirma que as notas fiscais em questão não foram lançadas contabilmente (Diário/Razão) por não gerarem efeito econômico, porém foram registradas nos livros fiscais. Apresenta demonstrativos às fls. 2838/2840 relativos à infração 2 e cópias das notas fiscais relativas à infração 5.

Instado a manifestar-se sobre a nova impugnação, o autuante manifestou-se (fl. 2852) dizendo que mantém a informação fiscal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que ao concluir o levantamento quantitativo de estoques (infração 1) não foi detalhada a omissão de que está sendo acusado, o que impede o exercício do direito de defesa, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Constatado que as infrações foram descritas de maneira clara, sendo suportada por demonstrativos e documentos fiscais, cujas cópias foram entregues ao impugnante, conforme recibo acostado à fl. 11. O recorrente compreendeu do que foi acusado, em razão de que reconheceu integralmente algumas infrações e parte do débito de outras, tendo contestado as infrações não reconhecidas ou reconhecidas em parte, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida.

Rejeito também a nulidade suscitada, sob o argumento de que sem amparo legal, foram enquadradas as infrações como fraudulentas, tendo em vista que o art. 42, III, indica de forma genérica diversas modalidades de infrações, indicando inclusive “ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque”, situação esta, que se aplica ao caso presente. Por isso, entendo que as infrações descritas e os seus enquadramentos não configuram infração decorrente de “prática de atos fraudulentos”, como entendeu o impugnante, não sendo necessário promover qualquer desqualificação das infrações referenciadas no Auto de Infração, para excluir a hipótese de dolo, simulação e má-fé no lançamento do imposto, por inexistir esta acusação.

Indefiro o pedido de realização de perícia técnica, tendo em vista que conforme disposto no art. 147 e 150, II do RPAF, a mesma deve ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o qual oferecerá afinal sua opinião, em face dos quesitos formulados. Na situação presente, não ficou caracterizado questionamento sobre a matéria que requisitasse perícia por profissional especializado.

No mérito, o Auto de Infração faz exigência de ICMS relativo a diversas infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque; recolhimento a menos o ICMS antecipação parcial; falta de registro na escrita fiscal de nota fiscal de aquisição de mercadorias, sendo aplicada multa; utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e de mercadorias sujeitas a antecipação; falta de recolhimento do imposto relativo as saídas por desincorporação de bens do ativo imobilizado; efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto; Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores.

Quanto à infração 01, o autuado na defesa apresentada reconheceu omissão quanto ao item de código 138 – Accu – Check Advantage-Tira 50, totalizando R\$3.312,23 e impugnou os demais itens o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fl. 2074), a diligente no Parecer ASTEC 80/08 (fl. 2075), informou que após ter elaborado e entregue os Anexos I a IV (fls. 2081 a 2872), detalhando as entradas e saídas dos produtos objeto do levantamento fiscal, em relação à infração 1, no exercício de 2004 cujo valor devido a título de omissão de saída foi reduzido para R\$3.894,63 (fl. 2083) e omissão de entrada para R\$51,80 (fl. 2167). Relativamente ao exercício de 2005, a omissão de saída foi reduzida a zero e omissão de entrada para R\$641,41, conforme demonstrativo à fl. 2347.

Constatado que a diligente da ASTEC cometeu um equívoco quanto a indicação do valor no Parecer à fl. 2072, com relação ao valor indicado no demonstrativo a fl. 2347, a JF decidiu converter o processo em diligência novamente (fl. 2.817) para fosse feita a correção, tendo o autuado sido cientificado e não contestou em relação à infração 1 (fl. 2830).

Pelo exposto, verifico que em se tratando de exigência fiscal decorrente de levantamento quantitativo de estoques, no qual foram relacionados nos demonstrativos juntados às fls. 138 a 204, os estoques inicial e final e as entradas e saídas de mercadorias por item, conforme registro no livro Registro de Inventário, caberia ao recorrente indicar as inconsistências das quantidades computadas no levantamento fiscal e juntar ao processo os documentos correspondentes para provar o alegado (art. 123 do RPAF/BA). Após os ajustes procedidos pela diligente da ASTEC com base nos documentos apresentados pelo defendente, restaram omissões de entradas e de saídas, conforme resumo abaixo. Não tendo sido contestado pelo autuado, acato os demonstrativos refeitos pela diligente acostados ao processo às fls. 2083 e 2347 e considero devido o valor total de R\$15.315,94. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Débito	Omissao	Fls.
31/12/04	09/01/05	22.909,59	17,00	70,00	3.894,63	Saida>Entrada	2083/2167
31/12/05	09/01/06	67.184,18	17,00	70,00	11.421,31	Entrada>Saida	2248/2347
Total					15.315,94		

No que tange à infração 02, o autuado foi acusado de recolher a menos o ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização. Na defesa apresentada o autuado alegou que:

- 1) Ocorreram equívocos no registro das operações, restando devido valores de R\$8.341,28 e R\$3.279,80, relativos aos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente, já recolhidos (fl. 227);
- 2) As falhas ocorridas na apuração do imposto não causaram prejuízo ao Estado, visto que não foram creditados os valores não pagos, o que resultou em débito superior ao que seria devido. Requereu exclusão da obrigação principal e aplicação da multa prevista no art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que o autuante consolidou nos demonstrativos às fls. 49 e 50, os valores apurados do ICMS antecipação parcial relativo a notas fiscais relacionadas nas planilhas juntadas as fls. 54 a 117, cujas cópias foram entregues ao autuado, deduzindo os valores que foram recolhidos (coluna pago) com base na relação de DAEs constantes do banco de dados no Sistema de Informação do Contribuinte (INC) às fls. 51/53 e sobre a diferença apurada, aplicou multa de 60% indicada na coluna “multa”.

Em atendimento a primeira diligência determinada pelo CONSEF (fl. 2074), a diligente no Parecer 080/08 (fl. 2077) informou que conforme Anexo V (fl. 2448), confrontou os DAEs apresentados pelo impugnante com o demonstrativo elaborado pela fiscalização e concluiu que “permanecem os valores apurados pelo autuante” (fl. 2072), o que foi contestado pelo autuado na sua manifestação à fl. 2684. Em atendimento a segunda diligência (fl. 2817) no Parecer 28/09 (fl. 2.820) indicou diferença de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial totalizando R\$59.691,52 no exercício de 2004 e R\$4.284,99 no exercício de 2005, observando que os valores lançados pelo autuante referem-se a multa e não a exigência de imposto.

O autuado ao manifestar-se sobre a última diligência alegou que nos meses de setembro, outubro e novembro/04, “além de aplicar alíquota divergente da determinada pela Lei, incluiu essas operações como sujeitas a Antecipação Parcial” e que resulta em recolhimento a menos de R\$158,16 no mês de setembro e R\$3.336,54 no mês de outubro e recolhimento a mais de R\$6.692,62, tudo conforme demonstrativos juntados às fls. 2838/2840.

Pelo confronto dos demonstrativos juntado pelo autuado com os elaborados pela fiscalização, faço as seguintes constatações:

- 1) Pelo confronto do demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 2838, com o do autuante a fl. 71, verifico que foi incluído o valor de R\$101.859,92 no mês de setembro/04, relativo a nota fiscal 19.337 relativa a remessa de mercadoria para demonstração (CFOP 6912), que não se tratando de mercadoria destinada a comercialização, não constitui fato gerador do ICMS da diferença de alíquota, motivo pelo qual faço a exclusão do valor correspondente apurado de R\$18.304,07;
- 2) Da mesma forma, a nota fiscal 21325 (fl. 2844) no mês de outubro/04, com valor de R\$102.551,58, faço a exclusão do valor correspondente de R\$17.454,88 no demonstrativo do autuante à fl. 74;
- 3) Também, a nota fiscal 24224 (fl. 2847) no mês de dezembro/04, com valor de R\$75.449,61, faço a exclusão do valor correspondente de R\$13.393,80 no demonstrativo do autuante às fls. 83/84. Não acato os valores indicados na nota fiscal 21326, tendo em vista que esta nota fiscal não foi relacionada no demonstrativo do autuante neste mês.

Por fim, com relação a alegação de que não causou prejuízo ao Estado, tendo em vista que não utilizou o crédito da ICMS da diferença de alíquota não paga, verifico que além do autuante na informação fiscal não ter contestado tal alegação, verifico que conforme demonstrativos juntados às fls. 49 e 50, foi transportado para o Auto de Infração, o valor da multa de 60% correspondente. Sendo assim, acato a alegação defensiva e tomo como base o demonstrativo original elaborado pelo autuante ajustado pela diligente da ASTEC (fl. 2820) e considero devido apenas o valor da multa de 60% prevista no art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96, no caso do contribuinte sujeito ao regime normal de apuração ter deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, mas que, comprovadamente recolheu o imposto na operação ou operações de saída posteriores, ficando, portanto, dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II, conforme demonstrativo abaixo totalizando R\$8.953,90.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Recolhido	Dif. Diligente	Exclusao	Fl.	Diferenca	Multa 60%
31/03/04	09/04/04	12.327,57	12.151,64	175,93			175,93	105,56
30/04/04	09/05/04	12.206,62	12.152,20	54,42			54,42	32,65
31/05/04	09/06/04	16.439,07	12.823,68	3.615,39			3.615,39	2.169,23
30/06/04	09/07/04	15.401,33	15.303,73	97,60			97,60	58,56
31/07/04	09/08/04	18.140,77	17.879,32	261,45			261,45	156,87
30/09/04	09/10/04	42.511,64	23.943,97	18.567,67	18.304,07	2838	263,60	158,16
31/10/04	09/11/04	42.557,49	21.766,07	20.791,42	17.454,88	2839	3.336,54	2.001,92
30/11/04	09/12/04	25.814,65	25.118,79	695,86			695,86	417,52
31/12/04	09/01/05	74.703,34	59.272,16	15.431,18	13.393,80	2840	2.037,38	1.222,43
31/01/05	09/02/05	6.161,68	2.956,28	3.205,40			3.205,40	1.923,24
28/02/05	09/03/05	10.165,11	10.001,03	164,08			164,08	98,45
31/03/05	09/04/05	21.652,60	21.438,77	213,83			213,83	128,30
30/04/05	09/05/05	26.490,74	26.301,46	189,28			189,28	113,57
30/06/05	09/07/05	22.656,03	22.442,48	213,55			213,55	128,13
31/10/05	09/11/05	23.120,89	22.902,87	218,02			218,02	130,81
30/11/05	09/12/05	48.569,20	48.388,37	180,83			180,83	108,50
Total								8.953,90

Infração procedente em parte.

No tocante à infração 03, relativa a aplicação de multa de 10% por não ter escriturado notas fiscais, na defesa apresentada o impugnante admitiu o cometimento da infração e solicitou a exclusão da multa, por inexistir ocultação ou simulação.

Conforme disposto no art. 158 do RPAF/BA, as multas por descumprimento de obrigações

acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas desde que fique provado que as infrações praticadas não tenham implicado na falta de recolhimento de tributo. Na situação presente ao não registrar as notas fiscais que acobertaram aquisições de mercadorias, há reflexos na movimentação de recursos financeiros que foram utilizados no pagamento das mercadorias adquiridas que possivelmente também não foram contabilizados, bem como o não registro das quantidades de mercadorias adquiridas consignadas nas notas fiscais não registradas, possibilitam a sua comercialização sem que o Fisco mantenha qualquer controle. Tudo isso, implica em falta de recolhimento do imposto, motivo pelo qual não acato tal pedido. Infração mantida integralmente.

No que tange à infração 04, na defesa apresentada o autuado apresentou demonstrativos às fls. 901/902 para tentar comprovar que utilizou os créditos relativos ao recebimento de mercadorias destinadas a amostra grátis, porém deu saídas tributadas das mesmas mercadorias, o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fl. 2074), a diligente juntou o Anexo VI (fls. 2530 a 2614) e afirmou que todas as mercadorias recebidas deram saídas tributadas. Pelo exposto, restou comprovado com a juntada das notas fiscais de entrada e saídas pelo diligente, que nesta situação específica, tendo se creditado e debitado do mesmo valor, não causou qualquer prejuízo ao Erário Público. Por isso, devem ser afastados integralmente os valores exigidos nesta infração. Infração não caracterizada.

Quanto à infração 05, na defesa apresentada o autuado alegou que a fiscalização considerou desincorporações do ativo imobilizado operações de locação e sublocação que não configuram fatos geradores do ICMS. O autuante contestou dizendo que a empresa tem como atividade a comercialização de aparelhos, máquinas e equipamentos e que as cópias das notas fiscais remetidas pela Roche com indicação de remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento não faz qualquer referência à operação de locação.

Em diligência determinada pelo CONSEF (fl. 2074), a diligente informou no Parecer 080/08 que em relação aos fatos geradores constantes da autuação:

Agosto/04: Base de cálculo de R\$125.643,66 – as notas fiscais 9541 e 9801 comprovam locação a Associação de Pais e Excepcionais de Salvador.

Setembro/04: Base de cálculo de R\$125.714,41 – as notas fiscais 9799, 9800 e 9801 comprovam locação ao Hospital Roberto Santos e a Associação de Pais e Excepcionais de Salvador.

Dezembro/04 – Não houve comprovação por parte do autuado.

O autuado contestou o resultado da diligência (fl. 2832) em relação ao mês de dezembro, tendo juntado novos documentos ao processo. Pela análise dos elementos contidos nos autos verifico que foi exigido ICMS a título de desincorporação de bem do ativo relativo a nota fiscal 10699 (fl. 131). Constatado que a empresa recebeu o produto da Roche Diagnostia Brasil Ltda através da nota fiscal 24007 em dezembro/04, com indicação do CFOP 6554-Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, remeteu o bem no mesmo mês para a empresa Labaclen, conforme nota fiscal 10669, emitiu nota fiscal de entrada 10692 relativa a devolução no mês de março/05 da Labaclen e ato continuo emitiu no mesmo mês a nota fiscal 10693 referente a devolução para a Roche. Portanto, restou comprovado que a operação objeto da autuação não se tratava de operação de desincorporação de bem, devendo ser afastada a exigência fiscal também relativa a este mês.

Infração descaracterizada.

No que se referem às infrações 6 e 7, as mesmas foram reconhecidas e pagas, portanto devem ser mantidas na sua integralidade.

Quanto à infração 08, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante juntado à fl. 41, foi exigido ICMS relativo a vendas para entrega futura em que não houve destaque do imposto. Na

defesa apresentada o autuado alegou que tributou as operações nas notas fiscais de simples faturamento, não tendo destacado o imposto nas notas fiscais de remessa de mercadorias, conforme doc. 05, relativos às operações referenciadas. Assim, face ao recolhimento do imposto, no momento estabelecido no calendário fiscal, requer improcedência da exação.

O autuante na informação fiscal (fls. 2059 a 2064), afirmou que as infrações 6, 7 e 8 foram quitadas e consequentemente extinto o crédito tributário.

Verifico que apesar do autuante ter dito que a infração foi quitada integralmente, não houve pagamento dos valores relativos a esta infração e o autuado juntou com a defesa às fls. 1054 a 1067, a cópia da nota fiscal de faturamento cujo valor foi tributado, correspondente a cada nota fiscal de simples remessa relacionada pelo autuante no demonstrativo à fl. 41.

A título de exemplo, constato que a nota fiscal 9024 emitida no dia 29/06/04 contra a Prefeitura Municipal de Caetité, com valor de R\$331,92 e ICMS destacado de R\$56,42 corresponde a nota fiscal de simples remessa 9057 emitida para o mesmo destinatário no dia 05/07/04, sem destaque do ICMS, constando no campo de dados adicionais que se refere a entrega da nota fiscal 9029, cujas cópias foram juntadas às fls. 1054/1055. Este procedimento foi adotado em relação às demais notas fiscais objeto desta infração.

Pelo exposto, restou comprovado, como alegado que a operação da qual foi exigido o ICMS foi oferecida à tributação antes da remessa da mercadoria, não causando qualquer prejuízo a Fazenda Pública. Portanto, devem ser afastados integralmente os valores exigidos nesta infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 n.º **298948.0048/07-0**, lavrado contra **BIOTRADE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.805,22** acrescido das multas de 70% sobre R\$15.315,94 e 60% sobre R\$34.489,28 previstas no art. 42, III, II, “f” e VII “a” da Lei n. 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.402,98** e multa pecuniária de 60% no valor de **R\$8.953,90**, previstas no art. 42, IX e II, “d”, parágrafo 1º da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSE RAIMUNDO DA CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR