

A. I. N° - 232889.0103/09-7
AUTUADO - ÓTICA DINIZ LTDA.
AUTUANTE - MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA, SUELI SANTOS BARRETO, LUZINETE MARIA DA SILVA e EDISON LEMOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 03.09.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Mercadorias constantes dos anexos 88 e 89 do RICMS. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal (infração 1). **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração absorvida pela multa da infração principal decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias (infração 3). 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração procedente. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/10/2009, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 35.125,08 em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. No período fiscalizado de janeiro/2004 até fevereiro/2008, o contribuinte estava sujeito a Substituição por Antecipação. ICMS no valor de R\$ 5.588,78 e multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% no valor de R\$ 250,68.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$ 18.439,12 e multa de 70%.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% no valor de R\$ 10.846,50.

O autuado apresenta defesa, fls. 365 a 379, e esclarece, com relação à infração 01, que no período fiscalizado, de janeiro de 2004 a fevereiro de 2008, estava sujeita à antecipação, e por equívoco, algumas notas fiscais não foram registradas nas Entradas, o que resultou na suposta falta de recolhimento do ICMS

nenhum momento a fiscalização reconheceu que a falta de registro destas notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais da aquisição das mercadorias. Deste modo entende que deve ser determinada a realização de diligência pela ASTEC, para que se apure o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias, objeto das notas fiscais relacionadas pela fiscalização, com o propósito de evitar que o contribuinte seja prejudicado por terem sido considerados apenas os seus supostos débitos, ao passo que os créditos correspondentes foram simplesmente desprezados. Após a referida diligência pleiteia pela procedência parcial da infração 1.

Quanto à infração 2, entende que não pode prosperar pois as referidas notas fiscais já foram objeto da infração 1, com a aplicação da multa no percentual de 100%, conforme preceitua o art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, e entendimento deste CONSEF, em casos semelhantes. (Acórdão JF 0311/04/07).

Na infração 3, o fisco não reconheceu o direito ao creditamento do imposto, decorrente das aquisições das mercadorias. Deste modo pede a realização de diligência para que se apure o montante dos créditos fiscais, e após a realização desta que seja mantida parcialmente a infração.

Na infração 4, as notas fiscais objeto desta infração já foram alcançadas pela infração 3, e a multa daquela absorve a exigência fiscal contida nesta infração. Este o posicionamento adotado pelo CONSEF, Acórdão nº 0458-03/05.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 380 a 387 e esclarecem os seguintes pontos:

Infração 1 – Não é verdade que os créditos fiscais não foram considerados. Basta observar no Anexo 1ª, fls. 49/50, em especial os valores constantes da coluna E, para constatar que a fiscalização reconheceu todos os valores dos créditos fiscais, referentes às notas fiscais que integram esta infração. Valores que podem ser cotejados com as vias originais das referidas notas fiscais, fls. 55 a 74 do PAF. Opina pela procedência total da infração.

Na infração 2, entendem que não há qualquer vinculação com a infração 1, pois esta trata da falta de recolhimento de mercadorias tributáveis e, no caso a infração 2, trata de mercadorias não tributáveis. Neste sentido prevalece o § 4º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Na infração 3, a base de cálculo está prevista no art. 60, I do RICMS/97, o que evidencia que o procedimento adotado pela fiscalização está correto, e não merece reparo. No caso em tela, a presunção de omissão de saídas decorre do fato de que a fiscalização encontrou em poder do contribuinte diversas notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas, referente ao exercício de 2008.

A infração 4 não guarda qualquer tipo de relação com a infração 3.

A final opinam pela procedência total do auto de infração.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pela defesa, pois desnecessária, haja vista que nos cálculos efetuados na infração 1 foram considerados, pela fiscalização, os créditos fiscais destacados nas notas objeto da autuação, como se pode observar na planilha de fls. 49/50 e nas cópias das notas fiscais, fls. 55 a 74 do PAF.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS referente à falta de recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2004 a fevereiro de 2008.

As notas fiscais que deram origem à infração foram anexadas pelo estão listadas no Anexo 01, fls. 49/50, onde está demonstrado que foram considerados e abatidos para o cálculo do imposto ora exigido

O autuado em sua peça de defesa não apresentou a comprovação de que o ICMS teria sido recolhido nos prazos regulamentares, nem em momento posterior, o que ocasiona a procedência da infração. Fica, portanto mantida, em sua totalidade.

Na infração 2, em que foi aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributáveis, a defesa requer o seu cancelamento sob o entendimento de que esta infração estaria absorvida pela anterior, pois as notas fiscais são as mesmas que foram objeto da infração 1.

Acato o argumento da defesa, pois efetivamente tratam-se das mesmas notas fiscais, relacionadas na infração 1, e neste caso, a multa da obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, consoante o art. 42, §. 42, 5º da Lei nº 7.014/96. Infração elidida.

A infração 3 decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Trata-se de presunção legal prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, que admite prova em contrária, a ser efetuada pelo sujeito passivo.

Ocorre que a fiscalização encontrou, como relata na informação fiscal, inúmeras notas fiscais em poder do contribuinte sem o devido registro fiscal e contábil, referentes ao exercício de 2008, consoante planilhas de fls. 79 a 81 do PAF. Os cálculos do imposto foram efetuados com base no art. 60, I do RICMS/97. Quanto ao pedido de creditamento do ICMS, com relação às notas fiscais que não foram registradas, isto pode ser efetuado na forma do RICMS vigente, junto à inspetoria fiscal da circunscrição do contribuinte.

Infração procedente, pois as provas da regularidade da escrituração das notas fiscais, não foi efetivada, prevalece, portanto a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias.

A infração 4, decorreu da aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias tributáveis.

De fato, as notas fiscais que serviram de base para a autuação são as mesmas que referendam a infração 3, e neste caso, aplico o disposto no art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, que dispõe que a multa por descumprimento de obrigação acessória fika absorvida pela multa da infração principal.

Infração elidida.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232889.0103/09-7, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.027,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.588,78 e 70% sobre R\$18.439,12, previstas no art. 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR