

A. I. Nº - 114155.0301/10-0
AUTUADO - APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOR. Fato não contestado. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Presunção legal não elidida. Corrigido erro na apuração do débito. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA DE 10%. A multa aplicada nesse item do lançamento fica absorvida pela multa indicada no item anterior, pois uma não foi decorrente da outra, nos termos do § 5º do art. 915 do RICMS/97. Infração descaracterizada. b) LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ATENDIMENTO PARA APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$359.497,26, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$317.069,56, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos exercícios de 2007 e 2008, conforme demonstrativos às fls.09 e 10.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$34.638,37, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro e novembro de 2007, e abril de 2008, conforme demonstrativo à fl.11, e cópias de notas fiscais às fls.12 a 17.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e novembro de 2007, e abril de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$3.463,83, equivalente a 10% sobre o

valor comercial das mercadorias, conforme levantamento à fl.11, e cópias de notas fiscais às fls.12 a 17.

4. Deixou de efetuar o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$3.865,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro e novembro de 2007, e dezembro de 2008, conforme demonstrativo à fl.
5. Deixou de apresentar o livro Registro de Inventário, referente aos exercícios de 2007 e 2008, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, conforme intimação à fl.06.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 109 a 113, após fazer um breve histórico das infrações, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Alega que houve equívoco do autuante ao apurar os valores devidos a título de multa pela imputação de ausência de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição (infração 01), e omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (infração 02), visto que a base da multa corresponde à percentual sobre o valor do imposto não recolhido.

Diz que a base de cálculo da multa é diferente da base de cálculo aplicada para obter o valor devido em decorrência da existência da obrigação principal de pagar tributo. Frisa que a base de cálculo utilizada para aferir o montante do tributo devido é o valor das mercadorias comercializadas, cuja base de cálculo da multa foi o valor do imposto devido, ou seja, do valor obtido após a incidência da alíquota de 17% (dezesete por cento) sobre o valor transacionado.

Tomando-se como exemplo a Nota Fiscal nº 022327, chama a atenção de que o valor da venda das mercadorias (base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação) é de R\$8.640,90, e o imposto devido sobre esta operação deveria ser de R\$1.468,95, e que este valor deve ser utilizado como base de cálculo da multa pela suposta prática de infração, e que o autuante utilizou o valor das mercadorias comercializadas como base de cálculo da multa.

Além disso, aduz que foi aumentado o valor da base de cálculo do tributo devido (no exemplo acima, consta o valor de R\$50.828,82), levando a crer que o valor do tributo devido seria o valor que, em verdade, é o valor da base de cálculo desse tributo, equívoco que pode ser verificado no cálculo de todas as multas aplicadas em decorrência do cometimento das infrações 01 e 02.

Por conta disso, requer sejam reconsiderados os valores imputados a título de multa pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de substituto tributário, e pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, para que a base de cálculo da multa seja considerada como o valor correspondente ao ICMS não recolhido tempestivamente, aplicando-se sobre este montante, as alíquotas de 60% (sessenta por cento) e 70% (setenta por cento), chegando-se a valor substancialmente menor daquele cobrado através do auto de infração.

Com referência a infração 02, argui a sua improcedência sob alegação de que foi aplicada multa no valor de R\$34.638,37, correspondente a 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da suposta falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios.

Argumenta que não é devido aplicar a presunção de omissão de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas em relação a algumas das mercadorias que ingressaram no estabelecimento da autuada, embora não constem nos seus registros, a exemplo da Nota Fiscal nº 22327, no valor de R\$8.640,90, pois a mercadoria adquirida corresponde a telhas e demais materiais utilizados pelo estabelecimento para utilização própria e não para

comercialização com terceiros. Juntou fotos para mostrar que a utilização das telhas foi para uso próprio, e que tal mercadoria não está incluída no rol das mercadorias que comercializa.

Quanto a infração 05, alega que no dia 03/08/2010, foi intimado para apresentar uma série de documentos fiscais, momento em que foram apresentados diversos livros e documentos fiscais, dentre eles o livro Registro de Entradas, livro Registro de Saídas, livro Registro de Apuração de ICMS, livro Registro de Inventário, livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, livro Diário, livro Razão, além de diversos outros documentos fiscais.

Informa que embora tenha efetivamente entregue o livro Registro de Inventário, no dia 14/09/2010, foi intimado a apresentar o referido livro. Dizendo que ficou impossibilitado de apresentar novamente os documentos solicitados, já que estes estavam na posse do Fisco Estadual, foi aplicada indevidamente a multa no valor de R\$460,00, penalidade esta que pede seja julgada totalmente improcedente.

Na informação fiscal às fls.132 a 136, o autuante inicialmente frisa que não houve impugnação às as infrações 01 – 07.01.02, 03; 03 – 16.01.01; e 04 – 07.01.01, o que no seu entender caracteriza a concordância do autuado.

Quanto a alegação de equívocos nas multas aplicadas nas infrações 01 e 02, o autuante salienta que elas estão de acordo com as infrações cometidas ao Regulamento do ICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, são determinadas pela Lei nº 7.014/96 no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e diz não entender a dúvida suscitada na defesa quanto a aplicação da multa sobre o imposto reclamado, já que em relação a infração 01 – 07.01.02 não houve impugnação e quanto a infração 02. 05.05.01 a defesa ao impugná-la, se acaso fosse improcedente, não existiria a multa, pois a mesma é sobre o imposto reclamado.

No que se refere ao argumento defensivo de inoccorrência do fato gerador por se tratar de bens adquiridos para o ativo imobilizado, observa que foi exigido o ICMS no valor de R\$ 34.638,37, e que sobre este valor deve ser aplicado a multa de 70%, previsto no inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, cujo imposto reclamado se refere a operações anteriores não tributadas, ou seja, que o autuado omitiu uma saída de mercadoria no valor equivalente para poder efetuar o pagamento da mercadoria omitida no seu registro de entrada.

Por último, no caso da infração 05, o preposto fiscal argumenta que é inconsistente a arguição do autuado, pois no dia 03/08/2010 (fl. 06), expediu a primeira intimação para apresentação de livros e Documentos, no que foi atendido parcialmente, pois o autuado deixou de apresentar os livros Registro de Inventário referentes aos exercícios de 2007 e 2008, bem como, os cupons Fiscais e Reduções “Z”.

Diante disso, diz que em 14/09/2010, expediu a segunda intimação para apresentação de livros e Documentos Fiscais (fl. 07), incluindo então o livro Registro de Inventário relativo ao exercício de 2006. Salienta que o pedido do citado livro objetiva fazer um levantamento de estoque relativo aos exercícios de 2007 e 2008, para o qual, ficou impedido em virtude da falta de entrega dos livros Registro de Inventário e dos Cupons Fiscais. Indaga a quem e quando foi entregue o livro, conforme alegado na defesa.

Conclui reafirmando sua ação fiscal, e pede a procedência do auto de infração.

Às fls.139/141 foi feita a juntada dos extratos de pagamento, extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão de Administração Tributária, no total de R\$ 324.398,89.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 26/04/2011, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contêm todos os elementos para a decisão sobre a lide.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 05 infrações à legislação do ICMS, sendo que não existe lide quanto aos débitos lançados nos itens 01 – 07.01.02; 03 – 16.01.01; e 04 – 07.01.01, nos valores de R\$317.069,56; R\$ 3.463,83 e R\$ 3.865,50, visto que na impugnação o autuado não se manifestou sobre eles, inclusive consta que o autuado solicitou parcelamento do débito, conforme comprovam os extratos de pagamento, extraído do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão de Administração Tributária, no total de R\$ 324.398,89 (docs.fl.s.139 a 141). Diante disso, subsistem integralmente os itens 01 e 04.

Quanto ao item 03, apesar de o sujeito passivo ter recolhido o débito, cumpre observar que a exigência fiscal é concernente a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, relativamente a falta de escrituração no livro Registro de Entradas de notas fiscais de compras, constante na planilha à fl.11.

Ocorre que as citadas notas fiscais foram as mesmas utilizadas para a imputação de que cuida a infração 02.

O § 5º do art. 915 do RICMS prevê que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

No caso em exame, se subsume a hipótese prevista nesse dispositivo regulamentar transcrito acima, pois o descumprimento da obrigação principal (a falta de pagamento do ICMS decorrente da omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis – infração 02) foi uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória (a falta de escrituração das mesmas notas fiscais no livro Registro de Entradas – infração 03). Insubsistente, pois a infração 03.

Com relação aos itens impugnados, do exame das peças que compõem o presente processo, verifico o seguinte.

Infrações 02 – 05.05.01.

O lançamento do débito deste item foi impugnado pelo autuado sob o argumento de que houve equívoco no cálculo da multa aplicada, por entender que a base de cálculo da multa corresponde à percentual apurado sobre o valor do imposto não recolhido. Ao que parece o patrono do autuado deve estar se referindo ao valor do imposto. Se estou certo, lhe assiste razão, senão vejamos.

Analisando o demonstrativo que serviu de base para a apuração dos débitos, fl.11, verifico que foi lançado indevidamente no demonstrativo de débito, como imposto, o valor dos documentos fiscais. Exemplo: NF 22327 – valor da nota fiscal = R\$8.640,90; ICMS = R\$1.036,90, valor lançado = R\$8.640,90.

O cálculo foi feito corretamente, porém foi transportado para o demonstrativo de débito à fl.02 incorretamente o valor do imposto apurado, em decorrência da constatação de omissão de saídas de mercadorias anteriores, com base na presunção legal prevista no artigo 2º, § 3º, do RICMS/97, sendo indicada corretamente a multa de 70%, prevista no inciso III, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Quanto a alegação de que parte das mercadorias foi adquirida para integrar o ativo fixo, tendo em vista que a exigência diz respeito a omissão de saídas, por presunção, constatada através de entradas não registradas, o imposto exigido não se refere a destinação das mercadorias, mas sobre as saídas anteriores utilizadas para o pagamento das compras. Logo, no caso da NF 22327,

independente de se tratar de telhas e canaletas, conforme alegado, o que importa é que foi omitida saída de mercadoria tributada utilizada no pagamento da referida nota fiscal.

Desta forma, considerando que o débito encontra-se devidamente demonstrado à fl.11, ficam modificados os valores dos fatos geradores 31/01/2007, 30/11/2007 e 30/04/2008, para R\$1.468,95; R\$2.867,69; e R\$1.551,88, respectivamente, calculados sobre o valor das notas fiscais (R\$8.640,90; R\$16.868,77; e R\$9.128,70) à alíquota de 17%, na forma apontada pelo autuado, subsistindo em parte este item da autuação para o total de R\$ 5.888,52, pois não foi elidida a presunção legal de omissão de saídas.

D.OCORR.	B.CÁLCULO	ICMS (17%)
31/1/2007	8.640,90	1.468,95
30/11/2007	16.868,77	2.867,69
30/4/2008	9.128,70	1.551,88
TOTAL		5.888,52

Desta forma, subsiste em parte este item, uma vez que não foi elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Por derradeiro, sobre a infração 05, a exigência fiscal diz respeito a aplicação de multa, por descumprimento de obrigação acessória, por falta de atendimento a intimação para apresentação do livro Registro de Inventário dos anos de 2007 e 2008, conforme intimações às fls. 06 e 07, datadas de 03/08/2010 e 14/09/2010.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que o livro fiscal objeto da autuação foi devidamente entregue no dia 03/08/2010 juntamente com outros documentos fiscais, e que a intimação datada de 14/09/2010 não foi atendida, pois todos os livros fiscais se encontravam em poder do autuante.

O autuante, por seu turno, rechaça a alegação defensiva dizendo que tanto na intimação datada de 03/08/2010, assim como na intimação expedida em 14/09/2010, não houve o atendimento por parte do autuado.

Não acolho o argumento defensivo, uma vez que, se, de fato o referido livro foi entregue no dia 03/08/2010, deveria ter comprovado a sua entrega mediante a apresentação de protocolo de recebimento, pois inadmissível que uma empresa entregue um livro fiscal e não exija do preposto fiscal o protocolo de recebimento. Mantida a multa.

Do que se conclui com base no acima exposto que a configuração dos valores lançados no demonstrativo de débito passa a ser a seguinte:

ITENS	VL.INICIAIS	N/IMPUGNADOS	PROCEDENTE	PROC. PARTE	IMPROCEDENTE
1	317.069,56	317.069,56			
2	34.638,37			5.888,52	
3	3.463,83				3.463,83
4	3.865,50	3.865,50			
5	460,00		460,00		
SOMA	359.497,26	324.398,89	460,00	5.888,52	3.463,83

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$327.283,58, devendo ser homologados os valores recolhidos conforme extrato de pagamento às 139/141, alterando-se o demonstrativo de débito da infração 02 conforme abaixo.

DEMONSTRATIVO DO
DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2007	09/02/2007	8.640,88	17	60	1.468,95	2
30/11/2007	09/12/2007	16.868,76	17	60	2.867,69	2
30/04/2008	9/05/2008	9.128,71	17	60	1.551,88	2
TOTAL					5.888,52	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0301/10-0**, lavrado contra **APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$326.823,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$320.935,06 e 70% sobre **R\$5.888,52**, previstas no artigo 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XX, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR