

PROCESSO - A. I. N° 114155.0301/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA DA BAHIA e APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA. (ATACADÃO DOS PISOS)
RECORRIDOS - APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA. (ATACADÃO DOS PISOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0118-02/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/06/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0157-11/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOR. Débito tributário objeto de parcelamento. Impossibilidade de apreciação das razões de defesa. **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%. Débito tributário objeto de parcelamento anterior ao julgamento de primeira instância. Restabelecimento da exigência. Modificada a Decisão recorrida. **b)** LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ATENDIMENTO PARA APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade da Decisão de Primeira Instância. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0118-02/11), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, da qual constam cinco infrações distintas, a saber:

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

INFRAÇÃO 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.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“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.fls.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.INICIAL	N/IMPUGNADO	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	

Por imposição do art. 169, I, "a", do RPAF, a Junta recorreu de ofício a esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O contribuinte, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 159/165, suscitando preliminar de nulidade da Decisão de Primeira Instância, ao argumento de que a JJF, partindo da premissa de que não houve impugnação quanto à infração 1, manteve integralmente essa exigência, apesar de a defesa ter abordado expressamente tal item da autuação. Aduz que houve omissão do acórdão alvejado, o que resulta em sua nulidade.

No mérito recursal, diz que houve equívoco no cálculo das multas aplicadas em relação às infrações 1 e 2, dando como exemplo a transação comercial evidenciada pela Nota Fiscal nº 022327, cujo valor total da operação (R\$8.640,90) foi utilizado como base de cálculo para aplicação

da multa de 60% decorrente do descumprimento da obrigação principal, quando o correto seria que a penalidade incidisse sobre o valor do imposto supostamente devido (R\$1.468,95).

Diz que o equívoco ora apontado pode ser constatado através da análise das notas fiscais entregues ao Fisco estadual pelo contribuinte, bem como através da análise das Reduções Z, onde está demonstrado o valor significativamente menos das vendas realizadas pelo contribuinte.

Ainda no que concerne à infração 2, diz que a presunção de omissão de saídas não pode ser aplicada com relação às mercadorias adquiridas da CEDISA - Central de Aços S.A., no valor de R\$8640,90 - Nota Fiscal nº 022327, pois as mercadorias correspondem a telhas e demais materiais utilizados diretamente pelo recorrente, e não destinados a comercialização, até mesmo porque a atividade da empresa autuada é a venda de pisos.

Quanto à infração 5, diz que, em 03/08/2010, apresentou ao Fisco estadual os diversos livros que lhe foram solicitados, inclusive o livro Registro de Inventário. Assim, ficou impossibilitada de atender à intimação de 14/09/2010, que exigia a apresentação dos mesmos livros, os quais, entretanto, estavam na posse do Fisco estadual. Aduz que a multa é, nesses termos, indevida.

Pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

No Parecer de fl. 184, a PGE/PROFIS opina pelo acolhimento da preliminar de nulidade da Decisão de piso, uma vez que o contribuinte alegou, na defesa, que as multas aplicadas nas infrações 1 e 2 estão incorretas, contudo tal alegação não foi apreciada pela JJF com relação à infração 1.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, observa-se, da simples leitura da Decisão impugnada, que a infração 1 foi julgada procedente por duplo fundamento: o sujeito passivo não teria impugnado a exigência constante deste item e, além disso, teria havido o pagamento do imposto exigido, consoante documentos de fls. 139/141 - extratos oriundos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão de Administração Tributária).

A JJF, de fato, equivocou-se quanto ao fato de não ter havido impugnação à infração 1, contudo vejo que tal equívoco decorreu da contradição existente na própria peça de impugnação, que, em sua parte inicial, limitou expressamente a impugnação às infrações 2 e 5, do lançamento de ofício, consoante trecho a seguir transcrito:

"Irresignada com a imputação de penalidades pecuniárias relativamente às infrações 02 e 05, é dizer, omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não tributáveis e não apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado, não restou outra alternativa à autuada senão a apresentação da presente impugnação" (fls. 109/110).

Linhas a seguir, contrariando o que havia dito, o sujeito passivo aduz que houve equívoco no cálculo das multas aplicadas nas infrações 1 e 2. Logo, apenas a título de registro, é importante salientar que a JJF foi induzida a erro.

Ademais, o segundo fundamento utilizado pela JJF para manter a exigência contida na infração 1, sem apreciar os argumentos de defesa, está correto. Consoante evidenciam os documentos de fls. 139/141 e 187/188, o contribuinte, antes da apresentação da defesa, solicitou o parcelamento do débito das infrações 1, 3 e 4, abrindo mão, com tal ato, do direito de impugnar o lançamento de ofício quanto a tais itens. Logo, os argumentos defensivos realmente não deveriam ser apreciados, pois restaram prejudicados pelo pagamento, que é ato incompatível com o intuito de se defender da exigência.

Nas circunstâncias, a falta de manifestação, pela JJF, acerca dos argumentos de defesa relativos à infração 1 não caracteriza omissão ensejadora de nulidade, daí porque, com a devida vênia do posicionamento adotado pela PGE/PROFIS, voto pela rejeição da prefacial suscitada em Recurso Voluntário.

Adentrando ao exame do mérito de ambos os Recursos, entendo que a argumentação do sujeito passivo com relação à infração 1 não pode ser sequer apreciada por esta CJF, pois, como dito

linhas atrás, houve o parcelamento integral desta exigência, extinguindo, no particular, o procedimento administrativo fiscal, a teor do art. 122, I, do RPAF vigente.

No que concerne à infração 2, a desoneração levada a efeito pela JJF está correta, uma vez que o autuante equivocou-se ao transportar os dados da planilha de fl. 11 para a peça inicial do Auto de Infração, gerando uma cobrança superior ao efetivamente devido.

Quanto ao argumento do sujeito passivo, no sentido de que não podem ser consideradas as mercadorias adquiridas da CEDISA - Central de Aços S.A., no valor de R\$8640,90 - Nota Fiscal nº 022327, a tese recursal não merece acatamento, pois a acusação contida no item 2 trata da presunção de omissão de saídas anteriores decorrentes da falta de registro de entradas de mercadorias. Não se perquire qual será a utilização das mercadorias que entraram no estabelecimento sem registro, pois a omissão que enseja a cobrança do ICMS refere-se a saídas anteriores. É relevante para tal presunção a falta de registro dessas entradas como um dado monetário revelador de uma despesa que não foi regularmente escriturada, presumindo-se que se trata de receita oriunda de vendas de mercadorias anteriormente realizadas e não sujeitas a tributação.

Os equívocos concernentes à base de cálculo para imposição da multa de 60% já foram corrigidos pela JJF, estando correta a Decisão recorrida quanto a tal questão.

Com relação à infração 3, tenho que deve ser restabelecida a exigência, pois, embora se vislumbre certa pertinência nos argumentos da JJF, também houve o parcelamento integral deste item da autuação, extinguindo, no particular, o procedimento administrativo fiscal, a teor do art. 122, I, do RPAF vigente. A desoneração foi, portanto, indevida, merecendo reforma a Decisão de primeira instância.

Por derradeiro, quanto à infração 5, o sujeito passivo não comprovou que o livro Registro de Inventário requisitado pelo autuante mediante intimação estava em poder do Fisco Estadual, o que o impossibilitou de atender à solicitação formulada. A falta de provas impede o acolhimento do Recurso Voluntário, por força do disposto no art. 143, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restabelecer a infração 3, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0301/10-0**, lavrado contra **APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA. (ATACADÃO DOS PISOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$326.823,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$320.935,06 e 70% sobre R\$5.888,52, previstas no art. 42, incisos 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\$3.923,83**, previstas nos incisos IX e XX, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS