

A. I. Nº - 206898.0217/11-3
AUTUADO - A.E.G. CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFAC IRECÉ
INTERNET 11.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-05/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O impugnante apresenta comprovação de diversas notas fiscais que foram lançadas no livro registro de entrada e que tiveram o imposto por antecipação recolhido. O autuante acertadamente acolhe as notas e refaz o demonstrativo com os documentos que restaram sem comprovação de recolhimento do imposto. Infração parcialmente subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. O autuante também acata acertadamente as notas de devolução apresentadas, pois de fato, os documentos apresentados na defesa elidem parcialmente o lançamento. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. **a)** ESTORNO DE CRÉDITO. O impugnante tacitamente reconhece a infração 3, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de mercadoria com incidência de imposto por substituição tributária. Infração procedente. **b)** CRÉDITO DE IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Foi estornado crédito em documentos sem destaque do imposto, e embora o impugnante tenha comprovado as saídas com débito do imposto em sua filial da qual se originaram as mercadorias, o crédito na filial fiscalizada não poderia ser feito sem o devido cumprimento da previsão legislativa. Infração procedente. **c)** CRÉDITO FISCAL SEM A CORRESPONDENTE ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO. Comprovado às fls. 240/243, que o impugnante lançou as notas de entrada emitidas pela filial de Irecê, que foi autuada, na escrita fiscal do estabelecimento que deu origem às saídas, a filial de Juazeiro, lançando o débito de ICMS pelas transferências. A cobrança do ICMS pela Fazenda Pública, assim, constituiria enriquecimento sem causa da Administração Pública. Infração improcedente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O autuante reconhece, com base nos documentos acostados pela defesa, a procedência quanto às Notas Fiscais nºs 2850 e 2839, excluindo-as do demonstrativo; no entanto, mantém o lançamento devido pelas Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155, 0156, 0159, 0165 e 0050; não pode vir a ser exigido o ICMS pela saída de

mercadorias, que de fato, não aconteceu, pois houve exatamente o contrário, entrada. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/07/2011, lança imposto no valor total de R\$12.924,05, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referentes às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$5.294,90, referente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007, setembro e novembro de 2008, janeiro, novembro e dezembro de 2009, janeiro e fevereiro de 2010, acrescido da multa de 60%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$2.012,07, referente aos meses de fevereiro, outubro, novembro e dezembro de 2008, acrescido da multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, sendo lançado ICMS no valor de R\$453,87, referente aos meses novembro de 2007 e agosto de 2008, acrescido de multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a imposto não destacado em documento fiscal, sendo lançado ICMS no valor de R\$1.003,21, referente aos meses de novembro de 2007, e janeiro a maio de 2008, acrescido de multa de 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, sendo lançado ICMS no valor de R\$1.838,65, referente aos meses de maio e junho de 2008, acrescido de multa de 150%.
6. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$2.321,35, referente aos meses de dezembro de 2007, maio e junho de 2008, outubro de 2009, março, abril, maio, novembro e dezembro de 2010, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta defesa às fls. 189/192, argumentando que não merece prosperar o presente auto no que se refere às infrações 1, 2, 4, 5 e 6, pelas seguintes razões:

Que quanto à infração 1, as Notas Fiscais nºs 922874, 158296, 453623 e 12395 inclusas no demonstrativo foram escrituradas nos períodos respectivos, de 23/11/2007 a 18/05/2010, nos livros registro de entradas dos anos de 2007 a 2010, e pagas em suas respectivas competências, conforme cópias anexas ao doc. 02; que as notas foram registradas nos meses seguintes à emissão, devido ao tempo de transporte, pois vieram do sul do Brasil; que as demais notas foram devolvidas integralmente, pois estavam em desacordo com o pedido, conforme anexo ao documento 03, que comprovam as devoluções.

Quanto à infração 2, também foram devolvidas pela mesma transportadora, por estar em desacordo com o pedido, conforme cópias do anexo ao doc. 03, das notas fiscais de saída e entrada das devoluções dos fornecedores correspondentes.

Quanto à infração 4, a empresa utilizou crédito fiscal do ICMS por se tratar de transferências ou vendas, realizada por empresa do mesmo grupo e os referidos créditos foram devidamente debitados e escriturados nos livros das empresas e remetentes, conforme se evidencia no anexo 04 e assim, não houve prejuízo à fazenda publica.

Quanto à infração 5, os créditos das Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155, 0156, 0159 e 050 não foram utilizados indevidamente por se tratar de notas fiscais de mercadorias que estavam armazenadas em uma filial, que na época não possuía talão fiscal - por isso, as notas fiscais de entrada foram emitidas pelo próprio contribuinte utilizando a marcação de entrada. O ICMS foi devidamente debitado na filial que armazenou a mercadoria, como se evidencia em cópia do livro de saída e DMA da empresa, enviada na época, anexo doc. 05.

Quanto à infração 6, das notas fiscais apresentadas pelo auditor, estão relacionadas às Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155, 0156, 0159 e 0050 que de acordo com a explicação do item anterior não se trata de notas fiscais de saída e sim de entradas por isso não é devido o débito de ICMS, conforme pode ser evidenciado no anexo 05; ainda da mesma relação, as Notas Fiscais nºs 2850 e 2839 de 14/12/2010 foram escrituradas com os devidos débitos de ICMS (anexo ao doc. 06). As demais notas fiscais foram escrituradas realmente com erro, sem débito de ICMS. Ao final pede pela insubsistência das infrações 1, 2, 4, 5 e 6, embora tenha reconhecido parcialmente a infração 6.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 503/505, inicialmente ressalta que a impugnante tacitamente reconhece a infração 3, no valor de R\$453,87 e contesta as demais. Que quanto à infração 1, o contribuinte apresenta comprovantes de recolhimento no montante de R\$3.760,39 não comprovando o valor residual de R\$1.534,50; quanto à infração 2, a impugnante comprova a devolução das Notas Fiscais nºs 22370 e 737119, conforme documentos 295/297 e 298/299 do processo, reduzindo a infração no valor de R\$1.291,78 não tendo comprovado as demais notas, restando o crédito de ICMS lançado, no valor de R\$720,29; que em relação à infração 4, a empresa apresenta registros dos livros de saída de suas filiais com lançamento das notas fiscais, debitando-se do imposto, no montante de R\$1.003,21 alegando não haver prejuízo ao Estado, conforme docs. 300/424; entretanto, o art. 93, § 4º do RICMS/BA 97 diz que:

Quando o imposto não estiver destacado no documento ou seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionado à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de carta de correção (art. 201, § 6º);

Que quanto à infração 5, as notas fiscais foram emitidas pelo próprio contribuinte como “entradas” e o ICMS foi debitado na filial que armazenou a mercadoria, que na época não possuía talonário fiscal, tratando-se de operação “estranya”, apresentando débitos constituídos na escrita fiscal de outra filial, conforme docs. 425/463. Nesse caso, resta à filial que se debitou indevidamente pedir a restituição do ICMS, pois não há previsão de compensação prevista na legislação do ICMS na forma do Art. 112, do RICMS:

O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. - §4º: o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF;

Que quanto à infração 6, a impugnante alega que as notas fiscais apresentadas na autuação estão relacionadas também as Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155, 0156, 0159, 0165 e 0050, que tem a mesma explicação do item anterior, pois não se tratam de notas de saída e sim, de entradas e por isso não é devido o débito de ICMS conforme pode ser evidenciado (anexo doc. 05); que na mesma relação, as Notas Fiscais nºs 2850 e 2839 de 14/12/2010 foram escrituradas com os devidos débitos de ICMS; que a impugnante só consegue provar de fato a escrituração das Notas Fiscais nºs 2850 e 2839, com ICMS nos valores de R\$10,19 e R\$51,00, restando o montante de R\$2.260,16; que as Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155 , 0156, 0159, 0165 e 0050, foram emitidas pela filial de Irecê para a filial de Juazeiro(sic), conforme se verifica pelas notas do doc. 109/118. O contribuinte emite notas fiscais de saída e diz ser entrada, e apresenta cópia do livro da filial com débito de imposto. Como podemos verificar, duas operações completamente erradas - a filial de Irecê se creditou quando deveria debitar e a de Juazeiro debitou quando deveria creditar, motivo pela qual foi cobrado crédito indevido pela falta de recolhimento (doc. 133/185).

Em resumo, à folha 505, o autuante apresenta um saldo remanescente na infração, de R\$7.810,38. Pede ao final, pela Procedência do Auto de Infração no que for de Direito.

Na assentada de julgamento do Auto de Infração na 1ª JJF, em 20 de Abril de 2012 (fl.510), entendeu-se que não foi cumprido o dispositivo previsto no art. 127, § 7º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que obriga a administração dar ciência da informação fiscal ao autuado, caso sejam aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos, novos demonstrativos ou levantamentos. Assim, o julgamento foi suspenso e o processo enviado à Infaz de origem, onde o impugnante foi notificado, com aviso de recebimento à fl. 513, e findo o prazo sem manifestação da parte interessada, o Auto de Infração foi reenviado ao Conselho de Fazenda para julgamento.

VOTO

Inicialmente constato que o impugnante tacitamente reconhece a infração 3, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de mercadoria com incidência de imposto por substituição tributária. Infração subsistente.

Na infração 1, o impugnante apresenta comprovação de diversas notas fiscais que foram lançadas no livro registro de entrada e que tiveram o imposto por antecipação recolhido. O autuante acertadamente acolhe as notas e refaz o demonstrativo com os documentos que restaram sem comprovação de recolhimento do imposto, ficando a infração 1 com a seguinte configuração:

DATA OCORRENCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO
26/10/2007	09/11/2007	822,25
07/12/2007	09/01/2008	349,01
26/11/2008	07/12/2009	165,17
24/02/2010	09/03/2010	198,07
	TOTAL	1.534,50

Assim, a infração originalmente com lançamento de R\$5.294,90, fica reduzida ao valor acima demonstrado, de cerca de R\$1.534,50, após efetiva comprovação documental de que parte do lançamento foi indevida. Subsistência parcial da infração 1.

Na infração 2, o autuante também acata acertadamente as notas de devolução apresentadas, pois, de fato, os documentos apresentados na defesa elidem parcialmente o lançamento, subsistindo a parte referente às demais notas que não tiveram comprovação, reduzindo a infração de R\$2.012,17 para R\$720,29, conforme demonstrativo, abaixo, resultando então, em subsistência parcial da infração 2:

DATA OCORRENCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO
24/10/2008	09/11/2008	464,30
21/11/2008	09/12/2008	137,60
11/12/2009	09/01/2010	118,39
	TOTAL	720,29

Na infração 4, foi estornado crédito de R\$1.003,21 em documentos sem destaque do imposto, e embora o impugnante tenha comprovado as saídas com débito do imposto em sua filial da qual se originaram as mercadorias, o crédito na filial fiscalizada não poderia ser feito sem o devido cumprimento da previsão legislativa abaixo transcrita, que expressamente veda o crédito fiscal sem o cumprimento de obrigações acessórias, qual seja a de emitir nota fiscal complementar, não sendo possível nem mesmo a emissão de carta de correção, de acordo com o clarividente entendimento do texto legal do RICMS/BA, *in verbis*:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário: (...)

§ 4º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de "carta de correção" (art. 201, § 6º).

Pelo exposto, em cumprimento ao princípio da legalidade, voto pela total procedência da infração 4.

Na infração 5, a impugnante emitiu notas fiscais de entrada da sua própria loja, para efetuar transferência da sua filial de Juazeiro, alegando não possuir naquele momento, notas fiscais da filial para proceder à transferência. Comprovado pelo impugnante às fls. 240/243, que lançou as notas de entrada emitidas pela filial de Irecê, que foi autuada, na escrita fiscal do estabelecimento que deu origem às saídas, a filial de Juazeiro, lançando o débito de ICMS pelas transferências. Embora seja uma situação atípica, sem vedação ou autorização expressa pelo Regulamento de ICMS, não houve mesmo prejuízo ao erário.

A cobrança do ICMS pela Fazenda Pública, assim, constituiria enriquecimento sem causa da Administração Pública, princípio que foi positivado tanto no Direito Privado, conforme art. 884 do Código Civil, como no direito público (art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tal princípio impede que o Estado se locuplete indevidamente. Entendo que situação em lide poderia, em última análise, resultar em aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a de emitir documento fiscal de entrada da própria filial destinatária, ao invés de documento fiscal de saída da filial de origem, sem autorização prévia do fisco, vez que tal operação não tem expressa previsão legal de ocorrência. Foi comprovada também a boa fé do impugnante, que se utilizou de nota fiscal de entrada de uma outra inscrição, para dar saída de mercadorias de uma de suas filias, sem se descuidar de fazer o lançamento como se saída houvesse, evitando prejuízos ao erário. Assim, voto pela improcedência da infração.

Na infração 6, o autuante reconhece com base nos documentos acostados pela defesa, a procedência quanto às Notas Fiscais nºs 2850 e 2839, excluindo-as do demonstrativo; no entanto, mantém o lançamento devido pelas Notas Fiscais nºs 0025, 0033, 0041, 0042, 0154, 0155, 0156, 0159, 0165 e 0050, as mesmas que fundamentaram a infração 5, por serem notas fiscais de entrada que acobertaram as transferências da filial de Juazeiro. Neste caso, além de haver estornado o crédito fiscal destas notas na infração anterior, lança o valor a débito como se fossem saídas e não entradas, penalizando duplamente o contribuinte. A cobrança do ICMS pela saída de mercadorias neste caso, requer entendimento frontalmente contrário ao comprovado documentalmente nos autos – a de que o impugnante deu entrada em mercadorias originárias de outra filial, e assim, embora se constitua em operação atípica, comprova que faz jus ao crédito fiscal; dessa forma, não pode vir a ser exigido o ICMS pela saída de mercadorias, que de fato, não aconteceu, pois houve exatamente o contrário, entrada. Mantendo-se a coerência do entendimento da infração anterior, e em consonância com o princípio da verdade material, cujo corolário exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo simplesmente com a versão oferecida pelo sujeito ativo da relação jurídica, exclui estas notas fiscais da infração, além das que foram reconhecidas pelo autuante, por devida comprovação (Notas Fiscais nºs 2850 e 2839), cujo demonstrativo está abaixo:

NOTA FISCAL	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO
52	31/12/2007	09/01/2008	132,86
TOTAL DEZEMBRO/08			132,86
117	30/06/2008	09/07/2008	20,37
153	30/06/2008	09/07/2008	9,17
TOTAL JUNHO/08			29,54
1393	31/10/2009	09/11/2009	21,77
TOTAL OUTUBRO/2009			21,77
1764	31/03/2010	09/04/2010	21,17
TOTAL MARÇO/2010			21,17
1801	30/04/2010	09/05/2010	32,27
TOTAL ABRIL/2010			32,27

2173	30/05/3010	09/06/2010	27,20
2204	30/05/3010	09/06/2010	10,70
2203	30/05/3010	09/06/2010	15,58
2196	30/05/3010	09/06/2010	26,49
2191	30/05/3010	09/06/2010	3,05
2190	30/05/3010	09/06/2010	27,15
2189	30/05/3010	09/06/2010	32,58
2180	30/05/3010	09/06/2010	16,29
2177	30/05/3010	09/06/2010	4,58
2175	30/05/3010	09/06/2010	1,21
2174	30/05/3010	09/06/2010	10,19
TOTAL MAIO/2010			175,02
2791	30/11/2010	09/12/2010	16,94
TOTAL NOVEMBRO/ 2010			16,94
2914	31/12/2010	09/01/2011	10,19
3025	31/12/2010	09/01/2011	51,00
TOTAL DEZEMBRO/2010			61,19
TOTAL DA INFRAÇÃO 6			490,76

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 206898.0217/11-3, lavrado contra **A.E.G. CALÇADOS LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.202,63**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR