

A. I. Nº - 293873.2809/11-3
AUTUADO - REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 20.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-05/12

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O impugnante não ataca todo o lançamento, mas, apenas, o valor referente a um período, comprovando ter efetuado transferência para outro estabelecimento do mesmo Titular. Imputação elidida parcialmente. 2. ICMS LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Constatado equívoco do autuante com relação aos valores do ICMS das operações de saídas nos meses de março e maio de 2010. Infração subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo autuado. 4. SUPRIMENTO DE CAIXA SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. Infração reconhecida pelo autuado. 5. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Infração reconhecida pelo autuado. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Foi tacitamente reconhecida pelo autuado. Mantida a multa, visto que tal penalidade está prevista no art. 42, III, “g” da Lei nº7.014/96. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2011, lança imposto no valor total de R\$139.122,79, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

- 01 Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado o valor de R\$11.089,76 referente aos meses de fevereiro de 2009 a março de 2010, acrescido da multa de 50%.
- 02 Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$19.972,98, referente aos meses de março, e de julho a dezembro de 2010, acrescido da multa de 60%.
- 03 Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado ICMS no valor de R\$370,34, referente ao mês de maio de 2010, acrescido da multa de 60%.
- 04 Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada por meio de suprimento de caixa de origem não comprovada, sendo lançado o valor de R\$105.400,00 referente ao mês de janeiro 2009, acrescido da multa de 70%.

05 Deixou de recolher o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado ICMS no valor de R\$1.984,29, referente aos meses de setembro e outubro de 2009 e março de 2010, acrescido de multa de 70%.

06 Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças de entradas e saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de omissões de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, sendo lançado ICMS no valor de R\$305,42 referente ao mês de dezembro de 2010, acrescido da multa de 100%.

O autuado apresenta defesa às fls. 308/332 argumentando que não merece prosperar o presente auto pelas razões adiante expostas, e que para demonstrar a boa-fé do autuado, como também, para preservar as boas relações entre o Fisco e o contribuinte, a impugnante declara reconhecer os seguintes lançamentos tributários:

O do item 3, no valor de R\$370,34, o do item 4, no valor de R\$105.000,00 e o do item 5, no valor de R\$1.984,29, ao tempo em que solicita a emissão de DAE para proceder ao pagamento imputado neste Auto de Infração.

Inicialmente, em preliminar de nulidade, alega falta de segurança para se determinar as infrações cometidas, havendo, pois, cerceamento do direito de defesa. Aduz que, com efeito, o texto descritivo do Auto de Infração, aqui combatido, narra diversas infrações que não deixam claro o ilícito fiscal cometido.

Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização; omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada; deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos, dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Assim, após elencar a descrição das infrações faz os seguintes questionamentos: quais as naturezas das infrações cometidas? O contribuinte pode se defender com base nessas acusações? O seu patrimônio pode ser invadido pelo fisco amparado nestas acusações fiscais?

Há incerteza, portanto, no levantamento realizado e nas acusações perpetradas no Auto de Infração. Cita decisões administrativas da 2ª CJF sobre o tema, e que o artigo 39, III do RPAF-BA, preleciona que o Auto de Infração conterà a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias de forma clara, precisa e sucinta. Alega violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da verdade material. Por todo o exposto requer ao CONSEF a nulidade do Auto de Infração, ora guerreado, por falta de clareza e precisão da imputação fiscal.

Quanto ao mérito, a empresa possui três estabelecimentos inscritos no cadastro estadual (IE 59.784.610, IE 74.765.087 e IE 69.145.856) que geram créditos e débitos nas suas diversas operações, entretanto na hipótese de operações de transferências de mercadorias entre os referidos estabelecimentos, não há qualquer prejuízo relativo ao ICMS para com o Estado baiano.

Que na infração 1, houve necessidade de refazimento de toda escrituração fiscal e contábil da impugnante, igualmente dos registros constantes no SINTEGRA, para apuração da verdade material dos fatos. Por conseguinte, se constata que a omissão de lançamento, por equívoco de

algumas notas fiscais que não foram lançadas a título de transferência de débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, sem resultar em qualquer prejuízo ao Erário. Houve uma transferência de saldo devedor para filial 004, no valor de R\$ 2.001,44. Para comprovar as alegações acosta ao presente processo, cópia do livro de apuração ICMS 07 folhas 05 e 06 e da matriz, com CNPJ 05.697.368/0001-74, como também cópia do livro apuração ICMS 03 folhas 05 e 06 do estabelecimento da filial CNPJ 05.697.368/0004-17.

Aduz que em relação à infração 2, refez a apuração do ICMS e constatou que o valor efetivamente devido importa em R\$3.968,51, conforme demonstrativo na peça impugnatória. Que é importante salientar que houve necessidade de refazer toda escrituração fiscal e contábil da empresa, bem como os registros do SINTEGRA. Que na reapuração da conta corrente fiscal do mesmo período feito pela auditora fiscal, foram geradas diferenças em desacordo com a apuração feita anteriormente. Há também a identificação de um pagamento efetuado no valor de R\$15.054,19, referência 08/2010 e não considerado pela fiscalização. Para provar as alegações, acosta ao presente processo cópia do livro apuração ICMS 03 das folhas 08 a 37, como comprovantes de pagamentos relativos aos meses de 08 e 10/2010.

Aduz que a autuante, de forma equivocada, aplicou o percentual de 100%, a título de multa punitiva sobre o imposto apurado através de levantamento quantitativo por estoque de mercadorias, mesmo indicando corretamente o artigo 42, III da Lei nº 7014/96, que fixa a multa de 70% para as omissões apuradas através de levantamento de estoque. No entendimento da fiscalização, registre-se equivocado, tal penalidade haveria de ser aplicada em razão da ocorrência de qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente na Lei do ICMS. Que diversos julgamentos de Tribunais Administrativos, desconsideram a pretensão do fisco em qualificar a multa sob alegação de má-fé no caso em apreço. Portanto, requer ao Douto Conselho que retifique a multa aplicada para o percentual previsto no artigo 42, III da Lei nº 7014/96, indicado pela própria autuante neste Auto de Infração; cita decisões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e lições de doutrinadores a respeito do assunto.

Diante do exposto, em face da vasta fundamentação jurídica e jurisprudencial requer ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que sejam julgados procedentes os seguintes pedidos:

Em preliminar de nulidade, reconhecer a falta de segurança para se determinar as infrações. No mérito, reconhecimento dos equívocos cometidos pela nobre autuante nas infrações 1 e 2; revisão por fiscal estranho ao feito para a busca da verdade material; redução da multa aplicada na infração 6; redução ou cancelamento das multas confiscatórias.

Por todo o exposto, requer ainda a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 393/395, apresenta contra-razões, em que alude às seguintes questões:

Que o impugnante reconhece as infrações 3, 4 e 5; que na infração 1, não foi emitida nenhuma nota fiscal de transferência da filial com I.E 74.765.097 para a de inscrição 59.784.610 e sim, ao refazer a escrita fiscal, lançou R\$2.011,44 no Registro de Apuração de ICMS, abatendo do crédito existente na filial na I.E 74.765.087, e reduzindo a diferença da filial I.E. 59.784.610. No entanto, em 03/2011 o autuado fez um recolhimento relativo a esta diferença de R\$2.011,45, referente ao mês de março de 2009; que assim, acata em razão do recolhimento ter sido anterior à autuação; que a infração passa de R\$11.089,76 para R\$9.088,81, conforme planilha anexa fl. 397 e consulta feita no INC à fl. 398 do PAF.

Que na infração 2 houve uma inversão entre o ICMS das entradas e das saídas em abril/2010, conforme pode ser constatado no registro de apuração das fls. 60 e 61 do PAF, como também, foi identificado o pagamento no mês de setembro de 2010 no valor de R\$15.005,59, fl. 401 do PAF, e retificado o valor recolhido em outubro de 2010 para R\$9.601,69 fl. 401. Assim, reduz o valor de

R\$19.972,98 para R\$3.837,53; que a multa aplicada na infração 06 está prevista na legislação, conforme anexos 403 a 406 do PAF. Pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimada a se manifestar, a impugnante apresenta manifestação às fls. 412/417 e apresenta as seguintes ponderações:

Que diante do exposto, e em face da vasta fundamentação jurídica e jurisprudencial requer ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que sejam julgados procedentes os seguintes pedidos:

Em preliminar de nulidade, reconhecer a falta de segurança para se determinar às infrações. Reconhecimento dos equívocos cometidos pela nobre autuante nas infrações 1 e 2. Revisão por fiscal estranho ao feito para a busca da verdade material. Redução da multa aplicada na infração 6. Redução ou cancelamento das multas confiscatórias. Por todo o exposto, requer ainda a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas.

Conforme já aduzido em sede de impugnação, as presentes infrações foram equivocadamente constituídas em razão de inobservância das operações de transferências de crédito e débito entre estabelecimentos do próprio contribuinte estadual (IE 59.784.610, IE 74.765.087 e IE 69.145.856). Com efeito, a empresa possui três estabelecimentos inscritos no cadastro que geram créditos e débitos nas suas diversas operações. O que houve na realidade, foi um equívoco cometido pelo autuado na escrituração fiscal das suas diversas empresas que resultou em refazimento de todos os seus registros fiscais e contábeis. Ocorre que, ao invocar o erro de escrituração, e refazer os livros fiscais, bem como apresentar novas DMA's, a impugnante demonstrou que não houve prejuízo algum para o Erário, sendo legalmente admitida a compensação total ou parcial de créditos e débitos fiscais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, conforme dispõe o art. 114-A do RICMS-BA.

Que, não obstante o lançamento devido fora realizado posteriormente como forma de corrigir o erro inicialmente cometido, foi demonstrada a inexistência de saldo devedor a ensejar qualquer cobrança. Portanto, erro de escrituração não é fato gerador do ICMS e os créditos gerados, em que pese não terem sido, inicial, devida – formalmente transferidos, à primeira vista, eram todos devidos, conforme comprovam as DMA's originalmente transmitidas, em período anterior à autuação, tendo havido, pois, pagamento integral do imposto. Considerando exemplificadamente a Infração 1, período de fevereiro de 2009, observa-se que, na DMA original, a empresa havia recebido a título de crédito por transferência o valor de R\$2.001,44 (Veja-se "Outros Créditos"). Ocorre que, sendo equivocadamente refeita a DMA, o contribuinte zerou os créditos transferidos. Porém, sendo observado tal erro, a DMA foi mais uma vez corrigida para apontar o valor correto de R\$ 2.001,44, como créditos transferidos. (Doc. 02). Nesse contexto, tendo em vista que as DMA's originais, enviadas anteriormente à fiscalização e consequente autuação, apontam valores de transferência de créditos iguais ao das DMA's corrigidas, há que ser aceito e considerado o presente refazimento da escrita fiscal do autuado.

No caso sob exame, a recorrente prova, de maneira cabal, a ausência de má-fé, como também a ausência de prejuízo ao Erário, razão pela qual a simples correção na escrita fiscal soluciona a questão, conforme já retificado.

Em pauta suplementar da 1ª JJF, o processo foi convertido em diligência à autuante, para que anexasse termo de intimação ou de arrecadação de documentos fiscais, o que foi feito, conforme 440 do PAF.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade pleiteada pelo impugnante pela falta de clareza na descrição das infrações assim como das cominações legais, pois todas as infrações estão descritas com suficiente grau de entendimento, e assim, não vejo razão para o alegado cerceamento de defesa, nem violação do princípio do contraditório, visto que está sendo respeitado todo o procedimento legal, com impugnação e manifestação após a informação fiscal,

onde inclusive, houve reconhecimento pelo autuante, quanto à improcedência de partes da lide, além do que este julgamento também é prova de que o impugnante está sendo contemplado com todas as garantias inerentes ao justo andamento do processo administrativo. Quanto ao pedido de diligência, também não acolho, pois os elementos do processo são suficientes para o julgamento do Auto de Infração, de acordo com o art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99.

O autuado reconhece as infrações 3, 4 e 5, fazendo parte desta lide, apenas as infrações 1, 2 e 6.

Quanto à infração 1, o impugnante não ataca todo o lançamento, conforme se vê à fl. 321, mas apenas o valor lançado em fevereiro de 2009, quando afirma haver transferido saldo devedor de R\$2.001,44 para a filial 004, e acosta ao PAF, cópia do livro de apuração desta inscrição que foi autuado (CNPJ 05.697.368/0001-74) e cópia do livro de apuração da sua filial para a qual transferiu o saldo devedor. De fato, à folha 366 do PAF, consta cópia do livro de apuração com lançamento a crédito do valor de R\$2.001,44 em fevereiro de 2009 e à fl. 369 consta o lançamento a débito na filial, sendo que o saldo desta inscrição ficou zerado, sem ICMS a recolher. No entanto, não há a nota fiscal de transferência que dê suporte à operação, mas à fl. 398, o autuante anexa comprovante de recolhimentos do INC que aponta a comprovação do mesmo valor, R\$2.001,44 em 21/03/2011, referente ao mês de março de 2009, elidindo a irregularidade praticada na operação. A autuante reconheceu tal procedimento e assim, igualmente acolho parcialmente a comprovação do pagamento da infração 1, reduzindo o lançamento de 28/02/2009 de R\$2.946,15 para R\$944,71 e a infração 1, do total de R\$11.089,76 para R\$9.088,81. Infração subsistente em parte.

Na infração 2, a impugnante refaz o cálculo com as considerações que julga devidas e encontra apenas o valor de R\$3.968,51 a recolher, conforme demonstrativo à fl. 321, enquanto a autuante na informação fiscal, refaz também o demonstrativo à fl.400, com reconhecimento do pagamento de R\$15.005,59, referente ao mês de 09/2010 e de R\$9.601,69 referente ao mês 10/2010, de acordo com extrato do INC à fl. 401, e reduz o valor total para R\$3.837,53, um valor até menor do que foi reconhecido pelo impugnante(R\$130,98 em prol do impugnante). Analisando os dois demonstrativos, constato que houve equívoco da autuante com relação aos valores do ICMS de saída nos meses de março e maio de 2010, conforme documentos às fls. 367 e 371, sendo que o autuante lançou R\$26.262,22 e R\$21.406,02 e os documentos provam ser R\$26.283,31 e R\$21.931,72. Assim, retifico a infração 2 para o valor conforme tabela da folha 322 do PAF, passando do valor original de R\$19.972,98 para R\$3.968,51. Infração subsistente em parte.

Quanto à infração 6, esta foi tacitamente reconhecida pelo autuado, embora tenha questionado a multa. A penalidade é 100%, pois houve a mudança da lei a partir de 31/03/2010, que agravou a multa decorrente de levantamento de estoque para 100%, e o lançamento ocorreu em dezembro de 2010. Tal penalidade está prevista no art. 42, conforme transcrição abaixo:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Na infração, o autuante não colocou a alínea “g”, mas a indicação do art. 42 e do inciso III, além do valor da multa, não caracteriza cerceamento de defesa, visto que a descrição da infração e a prescrição da multa, é facilmente identificável com uma mera consulta ao texto legal.

Em relação à alegação de que as multas são confiscatórias, não tem este Conselho de Fazenda, autorização legal para julgar esses questionamentos, mas, tão-somente efetuar o controle de legalidade do crédito tributário conforme a legislação ordinária do Estado da Bahia. Quanto ao pedido de redução de multa, esta JJF não tem competência para apreciar tal pedido, nos termos do artigo 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente 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 **293873.2809/11-3**, lavrado contra **REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$121.116,88**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.088,32, 60% sobre R\$4.338,85, 70% sobre R\$107.384,29 e 100% sobre R\$305,42, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a” e “d” e III, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR