

**PROCESSO** - A. I. Nº 148714.0033/10-2  
**RECORRENTE** - BOMPLASTIL EMBALAGENS LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0165-02/12  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 01.04.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0101-13/13

**EMENTA:** ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Dos documentos acostados verifica-se que o pagamento fora feito em operação triangular, com Recursos de empréstimo bancário, cujo novo vencimento fora transferido para o exercício seguinte. Mero erro contábil. Infração insubstancial. DOCUMENTOS FISCAIS NÃO ESCRITURADOS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. Ausência de dolo, fraude ou simulação, bem como ausência de prejuízo ao erário público. Posicionamento externado pela Relatora acerca da redução da multa aplicada foi recusado. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão por maioria.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, no qual foram constadas três infrações sendo objeto do presente Recurso as infrações 1 e 2:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Valor lançado: R\$106.692,79, Multa de 70%.

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% no importe de R\$8.586,23.

A 2ª JJF julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração afastando, inicialmente, a preliminar de nulidade sob o argumento de que “*as autuantes expuseram com clareza e fundamentação as infrações imputadas, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, em observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório*”, e que eventuais erros não causaram qualquer vício ao Auto de Infração.

Afastou o pedido de diligência, por entender que as provas dos autos já são suficientes para a formação da convicção, alegando, ainda, que o Autuado manifestou-se por três vezes, assim como as Autuantes, tendo, inclusive o valor sido revisado e reduzido na informação fiscal.

No mérito, quanto à Infração 1 a Junta esclareceu que:

*A ação fiscal foi embasada no Balanço Patrimonial dos exercícios de 2008, folhas 08 e 10 dos autos, no qual consta um saldo na conta do Fornecedor Braskem S/A o valor de R\$652.437,17.*

*De posse do balanço patrimonial do sujeito passivo as autuantes relacionaram os valores comprovados, no total de R\$24.832,50, abatendo-o do saldo existente no balanço, tendo apurado a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes no valor de R\$627.604,67, conforme demonstrado à folha 05 e revisado às folhas 132 e 134 dos autos.*

*Em sua defesa o autuado comprovou parcialmente o pagamento de obrigações no exercício de 2009 de diversas Notas Fiscais no montante de R\$202.275,97, folha 45 a 63 dos autos, documentos que inclusive foram aceitos*

*pelas autuantes, que revisaram os demonstrativos, fls. 132 e 134, reduzindo o valor da Base de Cálculo para R\$450.161,20, com ICMS devido no valor de R\$76.527,40, com o qual concordo.*

*No tocante os documentos acostados pela defesa às folhas 68 a 89 dos autos, relativos aos pagamentos dos títulos durante o exercício de 2008, sem as respectivas baixas na conta fornecedores/Braskem, apenas comprovam o acerto do procedimento fiscal, uma vez que a empresa manteve, no passivo, obrigações já pagas antes da data do encerramento do balanço patrimonial. Portanto, devem ser mantidas na autuação.*

Considerando, assim, correta a exigência fiscal, vez que caberia ao Autuado provar a sua improcedência e não somente arguir erro de escrituração na contabilidade.

Quanto à Infração 2, ponderou que esta fora embasada nas Notas Fiscais nºs 058192, 058193, 058194, 00332 e 00515, tendo o Autuado alegado na defesa que as duas últimas não foram escrituradas em razão de extravio, e que as três primeiras não foram escrituradas e que tal fato não acarretou prejuízo ao erário público, já que são notas de simples remessa, o que, para Junta, não elide a aplicação da multa de 1%, menos gravosa, em relação a estas notas fiscais.

O Autuado, inconformado com a r. Decisão, interpôs Recurso Voluntário alegando que houve apenas um erro contábil no balanço da empresa quando efetuou o lançamento do empréstimo obtido junto ao Unibanco (contrato de empréstimo / comprar nº 441.539-4), para o pagamento das compras realizadas do fornecedor Braskem, alocado, indevidamente, na conta de fornecedores.

Esclareceu que “*quando do fornecimento da matéria prima pelo fornecedor BRASKEM S/A ao Recorrente, o UNIBANCO quitava a Nota Fiscal de fornecimento junto a BRASKEN através do citado empréstimo, ficando a BOMPLASTIL, na condição de devedora do UNIBANCO e não mais da BRASKEM S/A, ENVOLVENDO A MESMA OPERAÇÃO COMERCIAL DE FORMA ‘CASADA’*”.

Afirma que “*demonstrada a existência do passivo, sua origem em 2008 e a sua liquidação efetiva em 2009, descabe completamente a presunção legal de omissão de saída de mercadorias*”.

Junta decisões de outros Conselhos para corroborar com sua tese de defesa.

Quanto à Infração 2 mantém seu posicionamento de que são “*notas fiscais de simples remessa, que embora não tenham sido escrituradas, tal omissão não trouxe qualquer dano ao erário estadual, JÁ QUE NÃO HÁ INCIDÊNCIA DO ICMS*”, e que, por isso, não cabe a aplicação da multa de 1%, citando jurisprudência de outro Conselho.

Por fim requer a Improcedência do Auto de Infração.

#### **VOTO VENCIDO (Redução da multa)**

Da análise dos autos, observa-se que os argumentos trazidos no Recurso Voluntário são os mesmos apresentados ao longo do PAF, ou seja, quanto à Infração 1 que houve mero erro contábil, vez que o Autuado manteve na conta de fornecedores o débito com a empresa Braskem, quando em verdade dito débito havia sido quitado pelo Banco Unibanco, em decorrência de um contrato de empréstimo, celebrado entre a Instituição Financeira e o Autuado, com o fim específico de liquidar as duplicatas, com vencimento em 2008, da compra realizada junto àquele fornecedor, restando o vencimento de dito empréstimo para o mês de março de 2009.

As Autuantes, quanto às alegações acima, apenas afirmaram que os comprovantes trazidos pelo Autuado comprovam que o pagamento dos boletos das compras realizadas junto à Braskem ocorreu em 2008, sendo mantido o passivo fictício.

A Junta reproduziu o entendimento contido na Informação Fiscal, atendo-se somente, *data venia*, aos comprovantes de pagamento datados de 2008, e não apresentou suas razões quanto aos demais documentos anexados pelo Autuado, quais sejam, cópia do contrato de empréstimo com o Banco Unibanco, requerimentos ao Unibanco de liquidação das duplicatas de 2008 encaminhadas pela Braskem, bem como extrato bancário, da conta corrente do Autuado, no mês de março de 2009, comprovando que nos dias aprazados com a instituição financeira houve o débito do valor correspondente aos empréstimos com os acréscimos do contrato.

Dessa forma, data venia, verifico que há certa verossimilhança entre os argumentos da defesa e as provas acostadas aos autos.

Portanto, para concluir a existência de um passivo fictício é necessário que o pagamento tenha sido efetuado e o autuado não o tenha declarado visando “mascarar” uma omissão de saídas. No entanto, no presente caso, o recorrente confirma o pagamento, e declara que houve equívoco quanto da manutenção de dito passivo, vez que o passivo ainda existia, porém não em relação ao fornecedor Braskem, e sim em relação ao Banco Unibanco, ante o contrato de empréstimo que gerou a quitação das duplicatas do fornecedor.

Sendo assim, considerando que na Informação Fiscal as Autuantes entenderam pela procedência em parte da Infração 1, mantendo a denominada “Situação 2”, apresentada pelo recorrente, e sendo as notas fiscais desta situação acobertadas pela operação triangular firmada com o Banco Unibanco, conforme documentos às fls. 40/75, voto pela improcedência da Infração 1.

No que tange à Infração 2 esta não merece reparo, vez que a ausência de escrituração, ainda que não reflita em prejuízo ao erário público, representa descumprimento de obrigação acessória, passível de multa, nos termos do art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, vale frisar, que o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, dispõe sobre a possibilidade de redução de multa quando ficar comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Não se vislumbra nestes autos indicativos de dolo, fraude ou simulação, os quais não se presume, ressalta-se, além disso, resta confirmada a condição de que a infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, vez que, conforme própria descrição feita na lavratura do Auto de Infração, as mercadorias não estavam sujeitas à tributação.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para declarar a IMPROCEDÊNCIA da Infração 1, e, de ofício, reduzir a multa da Infração 2 em 80% (oitenta por cento).

#### **VOTO VENCEDOR (Não-redução da multa – Infração 2)**

Este voto refere-se tão-somente à multa aplicada em razão do cometimento da Infração sob nº 2.

Tal como já exposto na Decisão de base e no voto da ilustre Conselheira Relatora, está comprovado o descumprimento da obrigação acessória pelo sujeito passivo, e a previsão normativa já existente quanto do cometimento desta infração, bem como comprovada a legalidade do ato administrativo do lançamento.

Peço vênia para discordar do posicionamento externado pela digna Conselheira Relatora acerca da redução da multa aplicada.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar - o que não feito nos autos deste processo - que não houvera dolo, e que o imposto relativo às operações relativas às obrigações acessórias descumpridas teria sido regularmente recolhido ao erário.

Pelo exposto, voto pela manutenção da multa referente à imputação 2 tal como lançada no Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 148714.0033/10-2, lavrado contra **BOMPLASTIL EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$8.586,23**, prevista no art. 42, XI, c/c §7º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Não-Redução da multa - Infração 2) – Conselheiros: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Álvaro Barreto Vieira e Fernando Antonio Brito de Araújo

VOTO VENCIDO (Redução da multa - Infração 2) – Conselheiros(as): Vanessa de Mello Batista, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA – RELATORA/VOTO VENCIDO  
(Redução da multa - Infração 2)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR  
(Quanto a não redução da multa – Infração 2)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS