

PROCESSO - A. I. N° 157064.0702/09-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OMNI-LIGHT SOLUÇÕES EM ILUMINAÇÃO LTDA.
RECORRIDOS - OMNI-LIGHT SOLUÇÕES EM ILUMINAÇÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0235-01/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0213-11/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Não comprovado o pagamento de parte da exigência fiscal. Infração subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR DAS MERCADORIAS. NULIDADE. A não apresentação das notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT ao processo conduz a nulidade por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99. Mantida a nulidade da infração 6. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Restou comprovado que o levantamento fiscal foi feito com base nas operações de aquisições interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, devidamente escriturada nos livros fiscais. Infração não elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. Comprovado que parte dos valores exigidos já tinha sido recolhidos tempestivamente, o que implicou na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª JJF em razão de ter desonerado o débito relativo à infração 6, e parte das infrações 5 e 8 nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida e de Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, com vistas a reforma da Decisão prolatada em relação às infrações 5 e 7, e manutenção da 6.

Auto de Infração lavrado, em 14/09/09 exige ICMS, no valor de R\$36.903,90, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$72.069,93, sendo que as infrações em questão:

05. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial recolhida em decorrência de aquisições interestaduais de mercadorias (2006 e 2007) - R\$ 4.968,06, mais multa de 60%.

06. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (2006 e 2007), tendo sido aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$72.069,93, equivalente a 10% do valor das mercadorias não registradas.

07. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e adquiridas para fins de comercialização (2006) - R\$16.316,04, mais multa de 60%.

08. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS-BA (2006) - R\$9.791,46, mais multa de 60%.

A 1ª JJF proferiu a seguinte Decisão (fls. 577/584):

O autuado argui a nulidade das infrações 6, 7 e 8, por cerceamento de defesa, argumento que as notas fiscais arroladas nesses itens do lançamento foram coletadas no CFAMT e, no entanto, não lhe forneceram cópia desses documentos fiscais.

Ao contrário do afirmado na defesa, as notas fiscais citadas nas infrações 7 e 8 não foram coletadas no sistema CFAMT. Essas notas fiscais foram escrituradas pelo próprio autuado em seu livro Registro de Entradas. Dessa forma, não há como o autuado alegar desconhecimentos desses documentos fiscais e, portanto, afasto a preliminar de nulidade quanto a essas duas infrações.

Já quanto à infração 6, o demonstrativo que embasa a autuação e os pronunciamentos do autuante nos autos deixam patente que as notas fiscais foram coletadas no CFAMT. O autuante expressamente afirmou, em duas diferentes oportunidades, que não havia como trazer ao processo essas notas fiscais e, portanto, não há mais razão para se converter o processo em diligência a fim de que o referido auditor acoste ao processo essas notas fiscais.

O entendimento reiterado deste CONSEF, materializado em diversos julgados, a exemplo dos Acórdãos CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09 e 0235-12/09, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópia das notas fiscais é elemento essencial para comprovar a circulação da mercadoria no território baiano e, portanto, para comprovar as aquisições correspondentes.

No caso em tela, a ausência das notas fiscais coletadas no CFAMT cerceou o direito de defesa do autuado e impossibilitou a comprovação da efetiva ocorrência da infração. Dessa forma, acolho a preliminar de nulidade apenas quanto à infração 6 e decreto a nulidade desse item do lançamento, com fulcro no artigo 18, II e IV, "a", do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que verifique a possibilidade, e sendo o caso, providencie o refazimento da ação fiscal quanto à infração 6, a salvo de falhas.

Com base no artigo 147, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo defendente para a realização de diligência, a ser efetuada por auditor fiscal estranho ao feito, pois a considero desnecessária, tendo em vista os elementos constantes nos autos, especialmente os vários pronunciamentos do autuante acerca dos argumentos e provas trazidos na defesa e nos pronunciamentos posteriores.

No mérito da lide, ressaltou que o sujeito passivo efetuou o pagamento dos débitos tributários exigidos nas infrações 1, 3 e 4 e não apresentou defesa em relação à infração 2. Manteve estas infrações, ressaltando que deve ser homologados os pagamentos realizados.

A infração 5 trata de utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo à antecipação parcial. Esse item do lançamento é referente a fatos geradores ocorridos nos meses de outubro de 2006 e maio de 2007. Em relação ao mês de outubro de 2006, o autuado não contesta a exigência fiscal. Já quanto ao mês de maio de 2007, o impugnante afirma que utilizou, como crédito fiscal, o valor pago por meio de GNRE (fl. 314) atinente ao ICMS destacado na Nota Fiscal de Saída nº 778 (fl. 313), uma vez que se tratava de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e com fase de tributação encerrada. Na informação fiscal, o autuante afirma que, após verificar os documentos apresentados na defesa, concluiu pela redução do valor devido para R\$ 2.763,16.

Da análise da fotocópia do livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS) acostada à fl. 155 dos autos, constata-se que o valor que está sendo exigido nesse item do lançamento, no montante de R\$ 2.204,94, é referente ao pagamento de ICMS devido por antecipação total, diversamente da antecipação parcial tratada na infração em comento. Dessa forma, a exigência fiscal referente ao mês de maio de 2007 não procede e, em consequência, a infração 5 subsiste parcialmente no valor de R\$ 2.763,16, conforme reconheceu o próprio autuante na informação fiscal.

No que tange à infração 7 – falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial –, o autuado argumenta que as notas fiscais foram coletadas no CFAMT, porém esse argumento não merece prosperar, pois

os dados das notas fiscais arroladas nesse item do lançamento foram obtidos do livro Registro de Entradas do próprio autuado.

O defendente alega que as mercadorias consignadas nas notas fiscais em questão foram tributadas quando da operação de saída. Mais uma vez esse argumento não merece prosperar, uma vez que o autuado não comprovou o efetivo pagamento do imposto na operação de saída das mercadorias relacionadas na infração em comento. A auditoria realizada pelo autuante não comprovou o pagamento do imposto em questão. Dessa forma, não há como se cogitar da aplicação do disposto no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado sustenta a tese de que, no período abrangido pela infração em comento, não havia como se aplicar a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada.

A multa de 60% indicada na autuação está correta, porém há um equívoco no enquadramento legal, pois, para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 10847/07, isto é até 27/11/07, o correto enquadramento da pena é na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Todavia esse equívoco não implica modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial. Dessa forma, considerando o período abarcado pela ação fiscal, retifico o enquadramento da multa aplicada em decorrência da falta de recolhimento da antecipação parcial, para o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 8 – falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA –, o autuado afirma que não recebeu cópia das notas fiscais relacionadas nesse item do lançamento, cerceando, assim, o seu direito de defesa.

Conforme já foi dito no início deste voto, as notas fiscais citadas nessa infração não foram coletadas no CFAMT, mas sim no livro Registro de Entradas do autuado. Ademais, não se pode olvidar que o autuado solicitou parcelamento parcial dos valores exigidos na infração em comento, conforme fls. 529 a 531. Dessa forma, não há como prosperar o argumento defensivo segundo o qual as notas fiscais eram desconhecidas.

Em sua defesa, o autuado afirmou que tinha efetuado o recolhimento de ICMS devido por substituição tributária relativamente a diversas aquisições relacionadas na autuação e apresentou as provas correspondentes. Na informação fiscal, o autuante acata as comprovações apresentadas e refaz a apuração do imposto devido, passando o débito para R\$ 5.097,63. Em novo pronunciamento, o autuado afirma que efetuou o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária relativamente a mais oito notas fiscais e apresenta as comprovações correspondentes. Ao se pronunciar nos autos, o autuante acolhe essas novas comprovações e refaz a apuração do imposto devido, o que reduz o débito para R\$ 4.569,79, conforme demonstrativo à fl. 476. Notificado acerca desse último pronunciamento do autuante, o defendente não mais questiona o valor remanesce.

Acolho o resultado apurado pelo autuante no demonstrativo de fl. 476, pois está respaldado em elementos probantes acostados ao processo. Ademais, o autuado, ao ser notificado acerca desse novo valor, não se pronunciou, o que interpreto como um reconhecimento tácito do acerto das retificações efetuadas pelo autuante. Dessa forma, a infração 8 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 4.569,79, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 479.

Em face ao exposto, as infrações que compõem o Auto de Infração ficam da seguinte forma:

INFRAÇÃO	VALOR ORIGINAL	JULGAMENTO	VALOR JULGADO
1	R\$ 187,67	Procedente	R\$ 187,67
2	R\$ 5.314,43	Procedente	R\$ 5.314,43
3	R\$ 127,39	Procedente	R\$ 127,39
4	R\$ 198,85	Procedente	R\$ 198,85
5	R\$ 4.968,06	Proc. Parte	R\$ 2.763,16
6	R\$ 72.069,93	Nula	R\$ 00,00
7	R\$ 16.316,04	Procedente	R\$ 16.316,04
8	R\$ 9.791,46	Proc. Parte	R\$ 4.569,79
TOTAL	R\$ 108.973,83	--	R\$ 29.477,33

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$29.477,33, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

A JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF (art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99).

No Recurso Voluntário interposto (fls. 594/600), o recorrente transcreve as infrações, ressalta que tendo apresentado defesa administrativa, o Auto de Infração foi julgado parcialmente procedente, porém discorda em parte da Decisão conforme razões que passou a expor.

No tocante à infração 5, que acusa utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial, afirma que fez uso do ICMS pago pela Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), de 10/05/07, no valor de R\$ 2.204,94, relativo a NF 0778, destinado a empresa G. BARBOSA, CNPJ 39.346.861/0041-59, com sede no Estado de Sergipe, conforme fls. 313/314.

Pondera que se tratando de venda de mercadorias objeto de substituição tributária, cuja fase de tributação já havia sido encerrada, tem direito à utilização do crédito fiscal relativo à mercadoria comercializada para contribuinte localizado em outra Unidade da Federação.

Quanto à infração 6, referente a falta de escrituração de notas fiscais relativo à aquisição de mercadorias sujeitas à tributação, destaca que não foram acostadas ao processo as diversas notas fiscais que o autuante afirmou terem sido obtidas através do CFAMT e que desconhece totalmente.

Salienta que efetuou compras frequentes de baixo valor, não ultrapassando R\$10.000,00, enquanto o demonstrativo apresenta valores fracionados e arredondados, distorcendo da numeração e fornecedores habituais. Diz que não tendo sido disponibilizado cópias das notas fiscais, ficou impossibilitado de se defender e requer a manutenção da nulidade declarada na primeira instância.

Relativamente à infração 7, afirma que da mesma forma que ocorreu na infração anterior, não teve acesso às cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT para que pudesse se defender, e *“ao contrário do afirmado no julgamento recorrido, trazendo a presunção de que o contribuinte recebeu tais mercadorias e não efetuou o registro das mesmas, nem, tampouco, efetuou o recolhimento do imposto por antecipação parcial das mercadorias”*.

Argumenta que se trata de *“presunção é relativa e pode ser elidida pelo contribuinte”*, o que não pode fazer em razão da não disponibilização das notas fiscais objeto do lançamento.

Requer apresentação das notas fiscais para que possa se manifestar, inclusive reabertura do prazo de defesa. Também, requer realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a fim de que sejam verificadas as alegações e outros documentos que venham a ser juntados aos autos.

No Parecer exarado pela PGE/PROFIS (fls. 615/617), foi manifestado que deve ser acolhida parcialmente a tese recursal no tocante à infração 5, relativamente ao documento acostado à fl. 155.

No tocante à infração 6, deve ser improvido o Recurso interposto pela JJF.

Quanto à infração 7, opina que não cabe Recurso a tese recursal, tendo em vista que pelo cotejo do livro REM constata-se que os dados das notas fiscais listadas na infração, encontram-se registradas (fls. 20 e 185/186). O Parecer foi referendado pela Procuradora Assistente (fl. 618).

VOTO

Preliminarmente, com relação ao pedido de diligência formulado para fornecer documentos fiscais para que pudesse comprovar suas alegações, fica indeferido nos termos do art. 147, I, “b” do RPAF/BA, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu, bem como, a formação de convicção do julgador.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício da desoneração da infração 6 e parcial das 5 e 8.

Relativamente à infração 5, foi exigido ICMS creditado a mais relativo à antecipação parcial, com valores de R\$2.763,16 e R\$2.204,90, relativo a fatos geradores ocorridos nos meses de outubro/06 e maio/07. Na informação fiscal o autuante acatou a exclusão do valor de R\$2.024,90 (maio/06), face à apresentação da cópia da Nota Fiscal nº 778 e GNRE (fl. 313/314) que deu suporte a exigência daquele valor, o que foi acatado pela JJF. Constato que o valor que foi lançado no livro RAICMS

(fl. 155), trata de lançamento a título de OUTROS CRÉDITOS, relativo à saída interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e com fase de tributação encerrada. Portanto, correta a Decisão, em relação a esta infração.

A infração 6, aplica multa de 10% sobre o valor das entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. A 1ª JJF julgou nula a infração, fundamentando que diante da negativa do contribuinte de que não adquiriu as mercadorias objeto da autuação, o autuante foi instado em duas diferentes oportunidades para juntar as vias das notas fiscais, o que não ocorreu.

Pela análise dos elementos constantes no processo, constato que na 1ª informação fiscal (fl. 365), o autuante alegou não ter juntado as notas fiscais “em virtude do sistema não disponibilizar essas notas fiscais”. Diante da comprovação da escrituração de parte das notas fiscais (fl. 480), argumentou que deveriam ser mantidos os valores remanescentes tomando como base a relação do CFAMT (fls. 495/497).

Dessa forma, não merece qualquer reparo a Decisão da primeira instância, tendo em vista que em se tratando de coleta de notas fiscais no CFAMT, se faz necessário fornecer ao destinatário, cópias das vias das notas fiscais coletadas para que o contribuinte possa exercer o seu direito de defesa, posicionamento prevalentes nas decisões proferidas por este Conselho (Ac. CJF 15-12/10; CJF 56-11/09).

Quanto à infração 8, constato que a empresa juntou com a defesa cópias de notas fiscais e GNRE (fls. 315 a 339), para tentar comprovar que parte do ICMS-ST já tinha sido pago tempestivamente, conforme extratos anexados às fls. 358 a 362, o que foi acatado na primeira informação fiscal, reduzindo o débito de R\$9.791,46 para R\$ 5.097,63 (fls. 367 e 368).

No momento que se manifestou sobre a informação fiscal juntou cópias das Notas Fiscais nºs 1185, 43, 26669, 149210, 99583, 2908, 358721 e 164, e DAEs (fls. 464 a 473), que foram acatadas na segunda informação fiscal, o que reduziu o débito para R\$ 4.569,79 (fl. 476).

Assim sendo, está correta a Decisão da primeira instância, visto que as desonerações da autuação estão suportadas em documentos fiscais que comprovaram elisão de parte do débito da infração 8.

No que se refere ao Recurso Voluntário interposto, referente à infração 5, o recorrente argumentou que deveria ser afastado a exigência do valor de R\$ 2.204,94, de 31/05/07, por se tratar de utilização de crédito fiscal referente a Nota Fiscal nº 0778, decorrente de operação interestadual e ICMS-ST já pago.

No Acórdão JJF 0235-01/11 o relator concluiu que “a exigência fiscal referente ao mês de maio de 2007 não procede” (fl. 582) e manteve a exigência do valor de R\$2.763,16 do mês de outubro/06.

Pelo exposto, considero prejudicada a análise desta argumentação, inclusive referendada pela PGE/PROFIS, tendo em vista que o valor questionado (maio/07), já tinha sido acatado pelo autuante e acolhido pela JJF, inclusive zerado no demonstrativo de débito pós julgamento à fl. 585. Ressalto que tal desoneração foi apreciada no Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, o qual foi improvido.

Quanto à infração 6, o recorrente solicitou que fosse mantida a Decisão pela sua nulidade, o que também já foi apreciado no Recurso de Ofício, o qual não foi provido.

Com relação à infração 7, o recorrente alegou que não recebeu as cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT e pediu que fosse afastada a exigência do ICMS-ST, ou que lhe fossem disponibilizados.

Verifico que estes argumentos já foram apreciados na Decisão da primeira instância, fundamentando que “o autuado argumenta que as notas fiscais foram coletadas no CFAMT, porém esse argumento não merece prosperar, pois os dados das notas fiscais arroladas nesse item do lançamento foram obtidos do livro Registro de Entradas do próprio autuado”.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que a infração 6 (declarada nula em razão da não apresentação das notas fiscais), se refere ao período de janeiro/06 a dezembro/07 (fls. 24, 25 e 28), enquanto a infração 7 refere-se ao período de abril e maio/06, conforme demonstrativo às fls. 20/21.

Verifico que embora a cópia do livro Registro de Entrada relativo a este período (fls. 184/190) não esteja muito legível, pelo confronto com o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 20 e 21), identifiquei coincidência de números de notas fiscais e valores, com identificação de CFOP 2102, que demonstra se tratar de aquisições de mercadorias adquiridas em outros estados e destinados à comercialização, a exemplo das Notas Fiscais n^{os} 3764, 3775, 3776, 3780, 328213, 11881, 11876, além de outras.

Constato que o autuante na informação fiscal à fl. 366 contestou a alegação defensiva de que se tratava de notas fiscais coletadas no CFAMT, afirmando que se tratava de operações realizadas e “*informadas à fazenda, via arquivos magnéticos e também registradas em seus livros fiscais*”, fato não contestado na manifestação seguinte à fl. 383, quando invocou a aplicação do disposto no art. 42, §1º da Lei nº 7.014/96.

Pelo revelado, não merece qualquer reparo a Decisão proferida em relação à infração 7.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **157064.0702/09-9**, lavrado contra **OMNI-LIGHT SOLUÇÕES EM ILUMINAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$29.477,33**, acrescido das multas de 50% sobre R\$187,67 e 60% sobre R\$29.289,66, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b”, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS