

PROCESSO - A. I. Nº 380214.0026/07-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INSTRUMENTAL SÃO JORGE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0011-01/13
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 30/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0251-11/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇAMENTOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado que os valores exigidos foram recolhidos tempestivamente. Infração elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Parte dos valores exigidos refere-se a período em que o contribuinte era inscrito no SimBahia, e estava desobrigado de pagar. Mantidos os valores exigidos do período que se encontrava inscrito na condição de contribuinte pelo regime normal. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Comprovado recolhimento tempestivo de parte dos valores exigidos. Refeitos os cálculos o que implicou em redução do débito. Infração parcialmente elidida. 4. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Na revisão do procedimento fiscal, além dos equívocos existentes no lançamento original que resultaram no agravamento das infrações, foram incluídas mercadorias não constantes no levantamento original mudando o escopo da autuação e gerando a iliquidez do ICMS a ser exigido. Infrações 4, 5 e 6, nulas. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido apurada omissão de entrada e de saída, fica mantida a exigência relativa à maior omissão apurada após revisão fiscal pertinentes aos exercícios de 2002, 2004, 2005 e 2006, limitado aos valores originalmente apurados, face à impossibilidade de agravamento da infração no mesmo lançamento. Afastado a exigência relativo ao exercício de 2003 na infração 7, em razão da prevalência da omissão de entrada em valor superior na infração 8. Infração 7 parcialmente subsistente. b) Na infração 8, fica mantido o valor da omissão de entradas referente ao exercício de 2003 cuja omissão é maior que a das saídas apurada na infração 7 no mesmo exercício. Quanto ao exercício de 2005, após a revisão fiscal o valor de maior expressão

monetária passou para omissão de saídas, conforme aduzido na infração 7, sendo, portanto, insubsistente a autuação quanto a este exercício. Infração 8 parcialmente subsistente. c) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados com a defesa foram acatados pelo autuante, que no refazimento dos demonstrativos originais implicou na redução do débito. Infração elidida em parte. d) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração parcialmente subsistente. e) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovada a irregularidade apontada nesta infração. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/12/07, exigindo débito no valor de R\$79.049,57, sendo que o Recurso de Ofício se refere à desoneração total dos valores relativos às infrações 1 (insubsistente), 4, 5 e 6 (nulas), e redução em parte dos valores relativos às infrações 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 11 que acusam as seguintes irregularidades:

- 1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, (março/06) - e R\$1.657,38, acrescido da multa de 60%;*
- 2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (abril e maio/02, fevereiro/04 e março/06) - R\$ 155,41, acrescido da multa de 60%;*
- 3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 (2002 a 2006 - R\$21.325,24, acrescido da multa de 60%;*
- 4. 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, nos meses de março e abril de 2004, janeiro e fevereiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$723,54, acrescido da multa de 60%;*
- 5. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2004 a 2006 - R\$ 7.802,01, acrescido da multa de 50%;*
- 6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (maio/06) - R\$5.422,82, acrescido da multa de 50%;*
- 7. Falta recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - R\$11.143,47, acrescido da multa de 70%;*

8. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças 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, nos exercícios de 2003 e 2005 - R\$3.118,81, acrescido da multa de 70%;

9. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2003 - R\$ 286,54, acrescido da multa de 70%;

10. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2003 - R\$100,29, acrescido da multa de 70%;

11. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia – 2005 e 2006) - R\$27.264,06, acrescido da multa de 50%.

Na decisão proferida a 1ª JF inicialmente afastou a prejudicial de mérito da decadência, fundamentando a aplicação do disposto no art. 173, I, do CTN, que prevê extinção do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No mérito, apreciou que:

No que concerne à infração 01, verifico que procede a alegação defensiva de que na impressão do livro de Registro de Apuração do ICMS, relativa ao mês de janeiro de 2006, por erro do programa utilizado, não foram impressos os créditos de ICMS referentes às Notas Fiscais nºs 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, cujas cópias estão anexadas aos autos, razão pela qual o saldo credor para os meses de fevereiro e março foi transportado a menos, justamente no valor de R\$ 1.657,38, exigido na autuação.

Efetivamente, verifica-se que o imposto destacado nas Notas Fiscais nºs 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, representa o crédito fiscal no valor total de R\$ 1.657,38, portanto, mesmo valor exigido nesta infração, o que permite concluir que assiste razão ao impugnante quanto à alegação apresentada na peça defensiva. Infração insubsistente.

Quanto à infração 02, observo que incorre em equívoco o autuado quando afirma que os valores de R\$ 52,34, R\$ 27,45, e R\$ 27,59, foram denunciados espontaneamente, em 23 de janeiro de 2008, haja que vista que tal “denúncia” ocorreu após o início da ação fiscal, portanto, afastando a espontaneidade que permitiria elidir a aplicação da penalidade.

Em verdade, na denúncia espontânea o contribuinte identifica a infração e antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização, oferece denúncia por vontade própria da irregularidade incorrida, o que afasta a imposição de qualquer penalidade, conforme estabelece o art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Porém, constato que assiste razão ao impugnante quando sustenta que o valor de R\$ 48,03, é indevido, em razão de a Nota Fiscal nº 477059, emitida em 29/03/2006, ter entrado em seu estabelecimento em 03/04/2006, quando já estava enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - Simbahia, estando assim desobrigado do recolhimento da diferença de alíquotas, conforme pode se verificar no livro Registro de Entradas, haja vista que a referida nota fiscal foi lançada no mês de abril, quando entrou no estabelecimento.

De fato, nos termos do art. 7º, inciso V, do RICMS/BA, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de materiais de uso/consumo por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual.

Assim sendo, como o contribuinte no mês de abril passou a condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), e a mercadoria adentrou efetivamente no estabelecimento no referido mês, não há que se falar em pagamento da diferença de alíquotas, conforme exigido neste item da autuação, relativamente à Nota Fiscal nº 477059.

Assim sendo, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 107,38.

No respeitante à infração 03, verifico que o impugnante alega que os lançamentos relativos aos exercícios de 2002 foram atingidos pela decadência, o que já foi objeto de apreciação linhas acima, quando restou demonstrado a inocorrência da decadência arguida.

Noto que alega ainda o autuado que esta infração também carece de alguns reparos, já que se vale, para várias operações de MVA errada, citando como exemplo, a mercadoria cera cuja MVA é 35% e não 60%, além de ser aplicável aos produtos hospitalares, a redução de 10%, como se vê no demonstrativo que apresenta, cópia integral do demonstrativo constante da autuação, no qual se insere apenas as correções e se pode verificar o valor apurado pela autuação e o valor devido.

Vejo que o autuante, acertadamente, acatou os argumentos defensivos, corrigindo o levantamento, inclusive quanto à alegação de utilização de MVA incorreta, dizendo que dentre os produtos adquiridos, algumas notas fiscais se referiam a cera e passaram despercebidas, como se medicamento fosse, e por consequência aplicada a MVA daquele produto, que corrigiu. Acatou também corretamente, o argumento defensivo relativo à redução de base de cálculo de 10%, uma vez que prevista no art. 61, §2º, I do RICMS/BA.

Assim, considerando os ajustes e correções realizados pelo autuante, esta infração é parcialmente subsistente, contudo, não no valor de R\$ 13.056,29, conforme indicado pelo autuante, mas sim no valor de R\$ 12.315,62, haja vista que a soma das parcelas apuradas no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 2786 a 2811, totaliza o valor de R\$ 12.315,62. Infração parcialmente subsistente.

No tocante às infrações 04, 05 e 06, que dizem respeito à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, considero que os equívocos existentes originalmente nos levantamentos destas infrações e, posteriormente, as correções e ajustes realizadas pelo autuante, não permitem com segurança e certeza identificar o valor do débito efetivamente devido.

Assim é que, conforme dito pelo próprio autuante, na apuração da Antecipação Parcial foi considerado na base de cálculo o valor da Nota Fiscal, adicionada com o frete cobrado através de CTRC, o que contraria a orientação regente para esta operação.

Na realidade, em se tratando de antecipação parcial do ICMS, não cabe o cômputo do valor do frete na base de cálculo, quando constante no CTRC.

Disse, também, o autuante, que diversos produtos farmacêuticos, não enquadrados no convênio, foram incluídos indevidamente como Substituição Tributária, sendo tais produtos deslocados, provocando acréscimo na Antecipação Parcial, conforme demonstrado na planilha.

Consignou ainda que os créditos de ICMS relacionados no demonstrativo foram obtidos por meio da fórmula matemática, “alíquota vezes X total da Nota Fiscal”, contudo, acrescido do valor do IPI que não compõe a base de cálculo do crédito do ICMS. Também, que alguns fornecedores por conta da sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais.

Esclareceu também que o “acrécimo da infração advém do deslocamento do imposto a pagar da Substituição Tributária para Antecipação Parcial e da diminuição do crédito e ou sua exclusão,” conforme demonstrado na planilha.

Ora, a revisão procedida pelo autuante conforme explanado acima, além de ter sido feita com itens que poderiam ser corrigidos na forma como foi realizada, a exemplo de exclusão de parcelas que diminuiriam o valor do débito originalmente exigido, como a exclusão da base de cálculo do valor do frete indicado no CTRC, também foi realizada com itens que aumentariam o valor do débito originalmente exigido, a exemplo da redução do valor do crédito fiscal, em decorrência de erro na apuração ao utilizar a fórmula “alíquota X total da Nota Fiscal”, acrescido do valor do IPI, assim como em virtude de ter ocorrido aquisições de mercadorias junto a fornecedores que por conta de sua condição de microempresa não geram crédito fiscal em seus documentos fiscais.

Além disso, por ter incluído indevidamente produtos farmacêuticos, não enquadrados no regime de substituição tributária, disse que tais produtos foram “deslocados”, para a exigência referente à antecipação parcial, o que provocou o acréscimo no valor exigido referente à Antecipação Parcial. Ou seja, incluiu diversas mercadorias que não se encontravam no levantamento original destas infrações, descaracterizando completamente os lançamentos, já que modificou a base de cálculo do imposto.

É certo que com estes procedimentos, tornou ilíquido o quantum a ser exigido, o que acarreta a nulidade da exigência fiscal, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Diante disto, considero nulas as infrações 04, 05 e 06.

No que tange à infração 07 - Falta recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005 e

2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, - conforme relatado, a 2ª CJF, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0119-12/12, decretou a nulidade da decisão desta Junta de Julgamento Fiscal, proferida mediante o Acórdão JJF Nº. 0052 -01/11, sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa, em razão de na informação fiscal prestada pelo autuante ter ocorrido alteração no valor de maior expressão monetária nas infrações 07 e 08 e ter sido concedido o prazo de 10 (dez) dias pela repartição fazendária quando o correto seria a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que o sujeito passivo se manifestasse acerca dos novos valores encontrados pela Fiscalização nas referidas infrações.

Atendida a determinação da 2ª CJF, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, cuja ciência foi dada ao contribuinte, passo a examinar o mérito das infrações 07 e 08, conforme faço a seguir.

No que tange à infração 07 - exercício de 2002 - com os ajustes e correções realizados pelo autuante - quando prestou a informação fiscal -, o maior valor monetário das omissões deixou de ser o das saídas tributáveis para o das entradas tributáveis. Ou seja, originalmente foi apurada neste exercício omissão de saídas no valor de R\$26.062,79(fl. 63) e omissão de entradas no valor de R\$25.419,30(fl. 63), tendo sido correta a exigência pela omissão de saídas no valor de R\$26.062,79, com ICMS devido no valor de R\$4.430,67 .

Ocorre que, após a revisão realizada pelo autuante, a omissão de saídas passou para o valor de R\$ 4.696,38, sobre a qual exigiu o imposto, enquanto a omissão de entradas passou para R\$32.891,67, portanto, passando para a diferença de maior valor monetário a das entradas omitidas, sobre a qual deve recair a exigência do imposto, por ser o valor de maior expressão monetária.

Entretanto, observo que a mudança acima referida implica na exigência de imposto em valor superior ao originalmente apontado no Auto de Infração, ou seja, sobre a base de cálculo de R\$32.891,67, aplicada a alíquota de 17%, resulta o valor de ICMS devido de R\$5.591,16, quando no Auto de Infração foi apontado o valor de ICMS de R\$4.430,67.

Significa dizer que houve agravamento da infração, situação na qual é vedada a exigência no mesmo lançamento de ofício, em respeito ao princípio do devido processo legal.

Cumpra registrar que o art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, determina que o ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, o que faço nesse momento, contudo, recomendando a autoridade competente que observe a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Diante disso, no exercício de 2002, a exigência fiscal prevalece até o valor de R\$4.430,67.

No que concerne à exigência contida nesta infração 07 referente ao exercício de 2003, constato que descabe a exigência fiscal, haja vista que o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou tanto omissão de saídas como omissão de entradas, situação na qual cabe a exigência sobre a diferença de maior valor monetário, no caso, o das entradas omitidas.

Vale dizer que, tendo apurado omissão de entradas no exercício de 2003, tanto no levantamento da infração 07 como na infração 08, a exigência fiscal não deveria recair sobre a omissão de saídas, mas sim sobre a omissão de entradas, haja vista que da forma como realizada a autuação está sendo exigido o imposto sobre as duas omissões. Ou seja, exige a omissão de saídas na infração 07 e omissão de entradas na infração 08, quando a exigência referente ao exercício de 2003 deve recair unicamente sobre a omissão de maior valor monetário apurada no levantamento fiscal, no caso, a omissão de entradas tratada na infração 08.

Quanto ao exercício de 2004, verifico que a exigência se apresenta correta no valor do ICMS devido de R\$1.437,55, originalmente apontado no Auto de Infração.

Relativamente ao exercício de 2005 - ainda referente à infração 07-, verifico que na revisão fiscal procedida pelo autuante quando da informação fiscal, apesar de permanecer a omissão de saídas conforme originalmente apurada, houve mudança do valor das saídas omitidas de R\$ 3.112,95(fl. 146) com ICMS no valor de R\$529,20, para o valor de R\$19.006,57(fl. 2.618) com ICMS devido no valor de R\$3.231,11.

Vale dizer aqui o que foi dito na análise referente ao exercício de 2002, isto é, houve agravamento da infração, situação na qual é vedada a exigência do valor do imposto que ultrapassa o valor originalmente apontado no mesmo lançamento de ofício, em respeito ao princípio do devido processo legal.

Cumpra registrar que o art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, determina que o ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, o que faço nesse momento, contudo, recomendando a autoridade competente que observe a ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Diante disso, no exercício de 2005, a exigência fiscal é subsistente no valor de R\$529,20.

No que concerne ao exercício de 2006, verifico que a exigência se apresenta correta no valor originalmente apontado no Auto de Infração do ICMS devido de R\$1.437,55.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor do ICMS devido de R\$10.695,96, conforme demonstrativo de débito abaixo:

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>ICMS devido (R\$)</i>
<i>31/12/2002</i>	<i>4.430,67</i>
<i>31/12/2004</i>	<i>1.437,55</i>
<i>31/12/2005</i>	<i>529,20</i>
<i>31/12/2006</i>	<i>4.298,54</i>
<i>TOTAL</i>	<i>10.695,96</i>

No respeitante à infração 08 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças 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 -, observo que no exercício de 2003 a exigência de ICMS no valor de R\$2.524,28 se apresenta correta na forma apurada pelo autuante, haja vista que as entradas omitidas representam o valor de maior expressão monetária, portanto, prevalecendo sobre a omissão de saídas apontada na infração 07, conforme já aduzido acima.

Quanto ao exercício de 2005, constato que descabe a exigência de ICMS no valor de R\$594,53, conforme apontado originalmente no Auto de Infração, haja vista que também foi exigido na infração 07, neste mesmo exercício, o ICMS referente à omissão de saídas, sendo esta a diferença de maior expressão monetária.

Diante disso, a infração 08 é parcialmente subsistente no valor de R\$2.524,28.

Quanto à infração 09, verifico que o autuante revisou o levantamento acatando corretamente os argumentos e documentos acostados na peça defensiva que foram considerados pertinentes, inserindo os documentos no Sistema SAFA, tendo elaborado novos demonstrativos com a indicação do novo valor corretamente apurado e devido para esta infração de R\$ 140,48. Infração parcialmente subsistente.

Com relação à infração 10, noto que o autuante revisou o levantamento, tendo acertadamente acatado os argumentos e documentos acostados na peça defensiva, considerados pertinentes, inserindo os dados constantes nos documentos no Sistema SAFA, tendo elaborado novos demonstrativos com a indicação do valor corretamente apurado e devido para esta infração de R\$ 49,16. Infração parcialmente subsistente.

No que diz respeito à infração 11, constato que assiste razão ao autuante, haja vista que a receita bruta foi apurada com base no livro de Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado - independentemente de estar obrigado ou não a escriturar -, tendo considerado as devoluções registradas, não procedendo à alegação defensiva nesse sentido.

Vejo também que o autuante acertadamente acatou o argumento defensivo referente aos recolhimentos do exercício de 2006, admitindo a ocorrência de equívoco na transcrição dos valores existentes no relatório INC para o demonstrativo de débito do autuado, corrigindo-os, o que resultou na redução substancial do valor originalmente exigido de R\$ 27.264,06 para R\$ 903,82.

Relativamente à infração 12, noto que o autuante revisou o levantamento, acatando os documentos acostados na peça defensiva que foram considerados pertinentes, inserindo-os no Sistema SAFA, resultando na geração de novos relatórios, apontando a omissão encontrada, sendo que, por se tratar de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cabe a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00, conforme acertadamente indicou o autuante. Infração subsistente.

Diante do exposto, a infração 01 é insubsistente, as infrações 02, 03, 07, 08, 09, 10 e 11 são parcialmente subsistentes, as infrações 04, 05, 06 são nulas e a infração 12 subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

A 1ª JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Inicialmente ressalto que a infração 12 foi julgada Procedente e não integra o presente recurso.

Passo então a apreciar o recurso interposto quanto às demais infrações:

1. O valor de R\$1.657,38 que foi acusado com recolhido a menos, corresponde aos créditos consignados nas Notas Fiscais nºs 153273, 53613, 622452, 54549, 55337, 32427, que foram juntadas com a defesa, cujos créditos não haviam sido considerados, o que neutraliza a infração.
2. O valor desonerado de R\$48,03, refere-se à Nota Fiscal nº 477059, cujo ingresso do material de consumo ocorreu no mês de abril de 2006, quando a empresa já estava enquadrada no Simbahia, e desobrigado de recolher o ICMS diferença de alíquotas (art. 7º, V, do RICMS/97). Restou devido o valor de R\$107,38, referente a período anterior, quando operava no regime normal.
3. A empresa juntou com a defesa demonstrativo para tentar comprovar que no cálculo do ICMS-ST, a fiscalização empregou percentuais de MVA divergentes do previsto no Anexo 88 do RICMS/97 e não considerou a redução de 10%, previsto para os produtos hospitalares (art. 61, §2º, I) do RICMS/BA. A fiscalização, acatou os argumentos defensivos, o que implicou na redução do débito de R\$21325,24 para R\$13.056,29. Por sua vez, a 1ª JF identificou que a soma dos valores remanescentes totaliza R\$12.315,62, conforme demonstrativos às fls. 2786 a 2811.
4. 5 e 6. Estas infrações acusam falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, que foram julgadas nulas pela 1ª JF, em razão da ausência de elementos suficientes para determinar a infração. Foi apreciado que na apuração da base de cálculo: foi incluído valor do frete constante CRTTC, que não é previsto na legislação; no refazimento dos demonstrativos foram incluídos produtos farmacêuticos, não enquadrados na ST, o que elevou o montante do débito; consignou créditos de ICMS relacionados no demonstrativo no qual foi aplicada *alíquota X total da nota fiscal*, incluindo o IPI, que não compõe a base de cálculo do crédito do ICMS.

Pelo exposto, constato que partes das inconsistências relatadas para fundamentar a decisão referem-se a erros materiais, passíveis de saneamento. Entretanto, considerando que os erros apontados recaem sobre a constituição da base de cálculo, elemento fundamental para a apuração do débito; valor pouco relevante das infrações; já terem sido julgadas nulas no Acórdão JF 0052-01/11 (fls. 2878/2904), decisão que não foi modificada no Acórdão CJF 0119-12/12 (fls. 2917/2923), na qual foi fundamentado apenas cerceamento do direito de defesa com relação à infração 7. E ainda, que o AI foi lavrado em 2007, reportando-se a fatos geradores de 2004 a 2006. Assim sendo, considero correta a decisão ora recorrida em relação a estas infrações.

- 7 A infração 7 acusa omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques (2002, 2003, 2004, 2005 e 2006) e a infração 8, exige ICMS em razão de apuração de omissão de saída por presunção (entradas não registradas - 2003 e 2005. A 1ª JF fundamentou sua decisão relativo aos exercícios de:

2002 – Inicialmente foi apurado omissão de saídas de R\$26.062,79 (fl. 63) e de entradas de R\$25.419,30 (fl. 63), recaindo a exigência da omissão de saídas - R\$4.430,67. Após revisão, a omissão de saídas foi reduzida para R\$4.696,38 e de entradas aumentou para R\$32.891,67, o que resultou em agravamento do débito para de R\$5.591,16. A decisão contemplou o valor original de R\$4.430,67, o que considero correto (art. 156 do RPAF/99).

2003 – Foi apurada omissão de saídas com base de cálculo de R\$2.632,41 e omissão de entradas de R\$14.848,70. A fiscalização exigiu valor de R\$447,51 na infração 7 e R\$2.524,28 na infração 8. A JF decidiu que a exigência devia recair sobre a diferença de maior valor monetário (infração 8), e improcedente o valor correspondente na infração 7. Que considero correto (Portaria nº 445/98);

2004 – Manteve o valor exigido de R\$1.437,55, originalmente apontado na infração 7.

2005 – Foi apurado omissão de saídas no valor de R\$ 3.112,95 (fl. 146) com ICMS de R\$529,20. Após revisão o valor da omissão passou para R\$19.006,57 (fl. 2.618), agravando o débito para R\$3.231,11. A JF decidiu que o valor exigido ficou limitado ao valor original de R\$529,20, que considero correto.

2006 – Foi apurado valor devido de R\$4.298,54. Embora a JJF tenha afirmado de forma equivocada que ficava mantido o “valor originalmente apontado no Auto de Infração do ICMS devido de R\$1.437,55”, fez constar no demonstrativo o valor correto de R\$4.298,54 (fl. 2964).

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)	Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/12/2002	4.430,67	31/12/2005	529,20
31/12/2004	1.437,55	31/12/2006	4.298,54
TOTAL			10.695,96

8. Foi exigido ICMS no valor de R\$2.524,28 (2003) e R\$594,43 (2005). Conforme apreciado na infração anterior, a JJF decidiu que a omissão de entrada apurada no exercício de 2003 da infração 8 tem valor maior que a omissão de saída apontada na infração 7 e decidiu pela manutenção do valor exigido nesta infração.

Com relação ao exercício de 2005, decidiu que o valor da omissão de saída apontado após a revisão na infração 7 resultou em valor de R\$3.231,11, que é maior que o apurado na omissão de entrada da infração 8 de R\$594,53. Afastou o valor exigido nesta infração e manteve o valor original exigido na infração 7 (2005). Portanto, considero correta a decisão subsistindo valor devido de R\$2.524,28 (2003).

- 9 e 10. Refere-se à falta de recolhimento de ICMS por responsabilidade solidária (aquisição de mercadorias submetidas a ST, sem documento fiscal) e ICMS-ST, com valores respectivos de R\$286,54 e R\$100,29. Após revisão feita pela fiscalização, foram acolhidos documentos juntados com a defesa, o que reduziu o débito para valores respectivos de R\$140,48 e R\$ 49,16.

Portanto, a decisão tem como suporte documentos juntados ao processo, que considero correta.

11. Verifico que a desoneração do débito que foi reduzido de R\$ 27.264,06 para R\$ 903,82 se deve ao refazimento dos demonstrativos pelo autuante que reconheceu ter feito transcrição de valores do relatório INC de forma incorreta para o demonstrativo de débito relativo ao exercício de 2006. Portanto, em se tratando de erro material que foi corrigido, considero correta a decisão relativa a esta infração.

Portanto, não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 1ª JJF, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0026/07-3**, lavrado contra **INSTRUMENTAL SÃO JORGE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.736,70**, acrescido das multas de 50% sobre R\$903,82, 60% sobre R\$12.472,16 e 70% sobre R\$13.360,72, previstas no art. 42 incisos I, “b”, item 3, II, alíneas “f”, “d” e “e”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XX da citada Lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS