

PROCESSO - A. I. Nº 206837.0007/12-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJE nº 0116-01/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJE Nº 0257-12/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. Infração parcialmente caracterizada. **b)** TÍTULOS DE INCENTIVO AO ESPORTE (FAZATLETA). Provada a utilização de crédito fiscal corretamente. Infração insubsistente. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Declarada, de ofício, a improcedência desta infração. Modificada a Decisão recorrida. 3. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. OPERAÇÃO INTERNA. Autuado comprova que houve o retorno das mercadorias. Infração insubsistente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Refeitos, os cálculos da autuação, na informação fiscal, remanescem diferenças tanto de entradas como de saídas, no mesmo exercício. A tributação nesse caso deve recair sobre a diferença de maior expressão monetária, a de entradas. Infração parcialmente subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que descabe a exigência fiscal atinente às aquisições de bens destinados ao ativo permanente. Infração parcialmente subsistente. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Restabelecida a penalidade aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - 1ª JJE, em relação à Decisão proferida através do Acórdão nº 0116-01/13 que Julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 28/09/2012, para formalizar constituição de crédito tributário originalmente no valor de R\$461.751,75, em decorrência do cometimento das seguintes 15 (quinze) infrações à legislação do ICMS, sendo objeto do presente Recurso apenas as infrações 1, 4, 5, 6, 9, 12 e 13, abaixo transcritas:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento nos meses de janeiro, maio, junho e setembro de 2007, março a maio e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$15.608,92, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto, setembro e dezembro de 2007, janeiro a março, novembro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$30.475,53, acrescido da multa de 70%;
5. Deixou de recolher ICMS em decorrência de remessas internas de bens para demonstração, sem o devido retorno, nos meses de junho e setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.261,00, acrescido da multa de 60%;
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo ao Esporte Amador do Estado da Bahia – Fazatleta disposto na Lei n. 7.539/99, mediante fraude ou dolo, nos meses de janeiro de 2007, março a junho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$94.463,21, acrescido da multa de 200%;
9. Falta de 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 espécies de mercadorias nos exercícios de 2007 e 2008, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$279.878,65, acrescido da multa de 70%;
12. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro e agosto de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.026,27, acrescido da multa de 60%;
13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2007 e dezembro de 2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$23.616,74, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;

A 1ª JF, após superar as questões de nulidade suscitadas pela defesa, decidiu a lide, em relação às parcelas objeto de exoneração, com fulcro no Voto abaixo reproduzido:

(...)

No que tange à parcela impugnada da infração 01, verifico que o autuado comprova que a Nota Fiscal nº 261.064, de fato, foi arrolada em duplicidade no levantamento realizado pela Fiscalização. Relevante registrar que o próprio Autuante acatou a argumentação defensiva.

Desse modo, a infração 01 é parcialmente subsistente.

Quanto à infração 04, impugnada integralmente, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inexistência de qualquer vício ou falha no lançamento, capaz de invalidar o ato, portanto, inexistindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Em verdade, não vislumbro como passível de nulidade o aduzido enquadramento “irregular” deste item da autuação, haja vista que os elementos acostados aos autos, notadamente a planilha de fl. 109, elaborada pelo Autuante, e os documentos fiscais, permitem constatar que se trata de exigência do imposto por presunção de omissão de saídas, em decorrência de omissão de registro de entradas de mercadorias, consoante previsto no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Com relação à segunda arguição de nulidade pela existência de “duplicidade de imputação”, nas infrações 04 e 13, tendo em vista que ambas as infrações se reportam aos mesmos documentos fiscais não registrados em livros próprios, observo que não se trata de nulidade, mas sim de absorção da infração por descumprimento de obrigação acessória (infração 13) pela multa por descumprimento de obrigação principal (infração 04), cuja análise da infração 13 será feita no momento oportuno.

No mérito, constato que o autuado comprova que a Nota Fiscal nº 56.360, fora devidamente escriturada no Registro de Entradas de 2008, à pág. 03, conforme o Anexo 02, fato reconhecido pelo próprio Autuante na informação fiscal, o que resultou na redução do valor exigido no mês de janeiro de 2008, que passou de R\$195,35 para R\$109,19, em face da exclusão do valor do ICMS exigido de R\$86,16, referente à citada nota fiscal.

Dessa forma, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$30.389,37.

No respeitante à infração 05, impugnada integralmente, constato que assiste razão ao autuado, pois comprova que as Notas Fiscais nºs 122.978 e 124.856 referentes à remessa de mercadoria para demonstração, efetivamente, tiveram o retorno realizado através das Notas Fiscais nº 124.289 e 125.104, conforme cópias anexadas aos autos.

Importante registrar que o próprio Autuante acatou a argumentação defensiva.

Diante disso, este item da autuação é insubsistente.

Quanto à infração 06, observo que o Autuante acertadamente acatou a argumentação defensiva de que condensou os valores atinentes ao Programa Fazatleta com os valores referentes à “Antecipação Parcial”, restando comprovado que a diferença entre o valor recolhido e o lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS é o valor do Programa Fazatleta. Também corretamente acatou o Autuante a argumentação defensiva de que o valor de R\$1.800,44, referente ao Fazatleta do mês de janeiro de 2007 foram lançado no livro Razão nº 024, na página 069, cujas cópias foram acostadas aos autos.

Dessa forma, a infração 06 é insubsistente.

No que tange à infração 09, verifico que o Autuante ao prestar a informação fiscal, consignou que após exame das alegações defensivas e os comprovantes apensados pelo autuado, constatou a pertinência das argumentações e após análise efetuada considerou que os ajustes apontados nos Anexos 13 e 14 mostram-se corretos e necessários no que concerne aos quantitativos de omissões nas Entradas e nas Saídas. Entretanto, considera que os valores finais em moeda, apontados pelo autuado como devidos e reconhecidos através da peça de defesa estão equivocados, ao ignorar os valores de maior monta para definir a base de cálculo.

Salientou que as novas planilhas apresentadas pelo autuado e que examinou aponta para o predomínio, após as correções, das Omissões de Entradas, assim a nova base de cálculo do ICMS por omissões de Estoque para o ano de 2007 passa a ser de R\$195.986,51 com o ICMS devido de R\$33.317,71 ao invés de R\$12.504,74, apontado pelo autuado. Já para o exercício de 2008, diz que o valor da base de cálculo passa a ser de R\$184.581,96 com ICMS devido de R\$31.378,93.

Noto também que o autuado ao se manifestar sobre o resultado apresentado na informação fiscal, concordou com os valores apontados, inclusive informando que estava requerendo a emissão do documento de arrecadação para pagamento do débito apontado.

Assim sendo, considerando que foram feitos os ajustes e correções atinentes ao levantamento originalmente levado a efeito pela Fiscalização, cujo resultado foi acatado pelo autuado, este item da autuação é parcialmente subsistente.

No tocante à infração 12, reconhecida parcialmente pelo autuado, observo que o Autuante acatou corretamente a argumentação defensiva de que descabe a exigência do ICMS antecipação parcial referente às Notas Fiscais nºs 8.300 e 10.470, arroladas também na infração 01, por se tratar de bem adquirido para integrar o Ativo Imobilizado do estabelecimento.

Desse modo, a infração 12 é parcialmente subsistente no valor de R\$1.771,58.

Relativamente à infração 13, verifico que diz respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2007 e 2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$23.616,74, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias.

Inicialmente, cabe registrar que na sessão de julgamento realizada no dia 21/05/2013, em virtude das alegações do nobre representante do autuado, quando da sustentação oral, o julgamento do processo foi adiado para sessão imediatamente subsequente, na forma regimental, a fim de que este trouxesse os elementos comprobatórios de suas razões, inclusive identificando comparativamente todas as notas fiscais arroladas, concomitantemente, tanto na infração 04 quanto na infração 13.

Na sessão do dia 23/05/2013, o nobre representante do contribuinte, cumprindo o que solicitara, apresentou planilhas nas quais identificou todas as notas fiscais arroladas na infração 13 que também foram arroladas na infração 04, o que permitiu concluir que na infração 13 constam todas as notas fiscais que também foram relacionadas na infração 04.

Partindo-se dessa constatação pode ser dito que descabe a imposição da multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme este item da autuação.

Isso porque, conforme já apreciado acima, na infração 04 foi exigido o ICMS com base na presunção de omissão de saídas de mercadorias pela falta de registro de entradas de mercadorias acobertadas pelas mesmas notas fiscais arroladas na infração 13, que diz respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Ora, nos termos do §5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator, situação que se amolda perfeitamente no caso das infrações 04 e 13, quanto às mesmas notas fiscais arroladas na autuação.

Assim sendo, a infração 13 é insubsistente.

Diante do exposto, as infrações 02, 03, 07, 08, 10, 11, 14 e 15 são integralmente subsistentes; as infrações 01, 04, 09 e 12, parcialmente subsistentes; e as infrações 05, 06 e 13 insubsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento realizado.

Da Decisão acima, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Registre-se, que após o julgamento em primeira instância, foram juntados aos autos, fls. 3.565 a 3.585, diversos documentos pertinentes a pagamentos efetuados pelo recorrido, no tocante as parcelas do débito que foram reconhecidas como devidas.

VOTO

A exceção da infração 4 (parte) e da infração 13 (integralmente) a exoneração do débito levada a efeito pela 1ª JF, se deu com fundamento na informação fiscal prestada pelo Autuante, fls. 3.515 a 3.522, que, de forma pormenorizada, analisou e acolheu os argumentos do recorrido no tocante aos valores reduzidos. Assim, com base nos demonstrativos analíticos produzidos pelo Autuante em relação as infrações 1, 4 (parte), 5, 6, 9 e 12, vejo que a Junta de Julgamento se pautou corretamente ao acolher os argumentos defensivos. Aliás, ante as explicações convincentes inseridas pelo Autuante às fls. 3.515 a 3.522, considero desnecessário qualquer pronunciamento adicional. Mantenho as exclusões levadas a efeito pela Junta de Julgamento quanto a estes itens.

Entretanto, com relação à infração 4, cujo imposto foi exigido com base em presunção legal **por falta de escrituração de notas fiscais nos livros fiscais**, vejo que as notas fiscais que deram causa a autuação, segundo o Autuante à fl. 3.517, se referem as mesmas notas fiscais que motivaram a penalidade aplicada no item 13, também por falta de escrituração **desses mesmos documentos nos livros fiscais**. Neste passo, a Junta de Julgamento manteve a exigência do imposto relativo ao item 4, após efetuar uma pequena exclusão com base em informação do próprio Autuante, e julgou insubsistente a infração 13.

Analisando detidamente esses fatos, vejo que o Autuante declarou que esses documentos fiscais **se encontram registrados nos livros contábeis** e, pelo fato de não estarem registradas apenas nos livros fiscais, foi exigido imposto por presunção de omissão de saídas anteriores (item 4) e penalidade por descumprimento de obrigação acessória (item 11).

Diante destes fatos, e considerando que as infrações envolvem os mesmos documentos fiscais, fica claro a existência de uma relação direta entre ambas. Desta maneira, vejo que a Junta de Julgamento laborou em equívoco em sua Decisão quanto a estas infrações (4 e 13), pois, não é cabível a exigência do imposto por presunção quando o documento fiscal estiver registrado na escrita contábil. Ademais, o lançamento foi feito com aplicação de alíquota interestadual (7%), quando deveria ser aplicada a alíquota interna (17%), se fosse cabível a exigência do imposto por presunção.

Neste contexto, a questão envolvendo o equívoco relacionado a erro na aplicação da alíquota poderia resultar na nulidade do lançamento para que, se devido, o procedimento fiscal fosse renovado. Entretanto, como a exigência fiscal na forma que se apresenta não é devida, de ofício, declaro a improcedência da infração 4 no valor residual de R\$30.389,37 e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para restabelecer a penalidade aplicada em relação a infração 13, relativa a falta de escrituração de documentos fiscais nos livros próprios, da seguinte forma:

- Exercício de 2007.....	R\$ 1.820,28
- Exercício de 2008: Valor da multa aplicada	R\$ 21.796,46
(-) NF 56.360 registrada livro fiscal..... R\$ <u>60,46</u>	R\$ <u>21.736,00</u>
- Valor da penalidade infração 13.....	R\$ <u>23.556,28</u>

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, declarar a **IMPROCEDÊNCIA** da infração 4, modificando a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206837.0007/12-3, lavrado contra **ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$89.427,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.731,21 e 70% sobre R\$64.696,64, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$24.597,29**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, XVI e XXII, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos já realizados.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE / PROFIS