

PROCESSO - A. I. Nº 233081.0002/11-8
RECORRENTE - VISPA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (HELLEN & BARRETO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0101-05/12
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJÚ
INTERNET - 17/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0266-12/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** USO E CONSUMO. Infração mantida, haja vista que são materiais não utilizados na comercialização. **b)** DESTINATÁRIO DIVERSO. Infração comprovada. **c)** IMPOSTO NÃO DESTACADO. Infração mantida. **d)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR. Infração não elidida. **e)** TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR. Infração procedente, com base nos livros fiscais do estabelecimento. **f)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. Consoante previsto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida a antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Infração não elidida. **g)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Os demonstrativos e os documentos acostados aos autos comprovam o cometimento da infração, que não foi elidida pelo sujeito passivo. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração comprovada. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração comprovada. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. É devido o imposto. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O art. 7º, III do RICMS/BA trata das hipóteses em que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, tais como se a operação de remessa for realizada com não-incidência do imposto, ou isenção decorrente de convênio, o que não se aplica ao caso concreto trazido nesta lide. Infração mantida. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Demonstrado nos autos que o imposto

não havia sido pago na primeira repartição fiscal do percurso neste Estado (posto fiscal da fronteira). Infração mantida. **b) MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO.** Fato reconhecido pelo sujeito passivo. Rejeitado o pedido de nulidade do lançamento fiscal em relação ao item 1. (infração 7 do Auto de Infração). De ofício, excluída da autuação o item 4 (infração 11 do Auto de Infração). **Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$682.670,67, pelo cometimento de 15 infrações à norma tributária deste Estado. Fazem parte do Recurso interposto as seguintes:

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor: R\$871,18 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no (s) documento(s) fiscal(is). Valor: R\$718,93 - Multa de 60% ;

INFRAÇÃO 4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is). Valor: R\$6.351,78 - Multa de 60% ;

INFRAÇÃO 5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is): R\$1.203,99 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Valor: R\$3.562,30 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Valor : R\$322.360,10 - Multa de 60% ;

INFRAÇÃO 8. Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$112.033,22 - Multa de 50%;

INFRAÇÃO 9. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Valor: R\$16.320,53 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 10. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor: R\$11.122,34 - Multa de 60% ;

INFRAÇÃO 11. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Decorrente da aquisição de mercadorias e bens destinados para Brinde e/ou Presentes sem registro das saídas conforme preconizado no Art. 565, I, II, III e & 1º do RICMS/97. DOCUMENTO VINCULADO: DEMONSTRATIVO DAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE BRINDES - COM IRREGULARIDADES. Valor: R\$515,90 - Multa de 70% ;

INFRAÇÃO 13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$368,55 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 14. 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. Valor R\$10.558,82 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 15. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor: R\$196.190,67 - Multa Acessória de 60% .

Após análise das peças processuais, a 5ª JF prola a seguinte Decisão, após rejeitar a nulidade do lançamento fiscal arguida pela empresa:

[...]

Desta forma, passo à análise do mérito, vez que o Auto de Infração encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sem a pecha de nulidade, por não conter vícios em sua feitura.

As infrações de 1 a 07 são relativas à crédito fiscal, que para serem legítimos são os decorrentes de entradas de mercadorias no estabelecimento (insumos ou produtos acabados), assim como bens destinados ao Ativo permanente do estabelecimento e as prestações de serviços tomados.

A legislação permite, desde que obedecidos certos requisitos, que o estabelecimento de contribuinte do ICMS se credite do imposto pago na operação anterior (e destacado no campo próprio do documento fiscal emitido pelo fornecedor), desde que a saída subsequente das mercadorias sejam sujeitas ao pagamento do imposto, ou, não sendo sujeitas, haja expressa autorização da legislação da manutenção do citado crédito.

Na infração 1 está sendo exigido ICMS em razão de utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Reza o art. 97, XII do RICMS/97 que é vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1/1/2001, em relação:

a) à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

b) à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição.

O contribuinte na peça de defesa nega que seja bem do ativo permanente e justifica a utilização do crédito sob o argumento de que são mercadorias para revenda.

Da análise dos documentos fiscais de fls. 20 a 24, constato que se trata de móveis e utensílios, mercadorias condizentes com a atividade da empresa, logo admissível o direito ao crédito fiscal, consoante as afirmações do defendente. Desta forma, julgo improcedente esta infração.

Na infração 2, relativa à utilização indevida de crédito fiscal relativo a bens de uso e consumo, a vedação para tal mister, encontra-se prevista no art. 93, V, “b” do RICMS/97. Bens de uso e consumo são entendidos os bens que não integram o produto final, não são consumidos no processo de industrialização, ou na prestação de serviço, ou não são utilizados na atividade de comercialização.

Novamente o sujeito passivo alega que são mercadorias para revenda, razão da utilização do crédito fiscal, que considera legítimo. Contudo, não trouxe as devidas comprovações de sua assertiva, a fim de desconstituir os demonstrativos de fls. 26 a 57 do PAF. Por outro lado, o crédito do ICMS relativo aquisições de materiais destinados a uso/consumo, entendidos aqueles que não forem utilizados na comercialização ou não forem empregados na integração do produto ou para consumo no respectivo processo industrial, somente poderão ser efetuados relativamente às entradas ocorridas após 01.01.2020, consoante LC 87/96 e suas alterações. Desta forma a infração fica mantida.

A infração 3 aponta a utilização indevida de crédito fiscal, de mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, prática vedada no art. 97, V do RICMS/BA, pois é vedado o crédito se o documento fiscal indicar destinatário diverso daquele que efetivamente recebeu a mercadoria.

O contribuinte alega que a mercadoria foi destinada a seu estabelecimento, mas o destinatário apontado na nota fiscal de fl. 472, objeto desta infração, com inscrição no cadastro estadual sob nº 65.935.402, divergente do estabelecimento autuado, refuta sua assertiva. Infração não elidida.

A infração 4 relata que foi utilizado crédito fiscal indevido em razão de o imposto não estar destacado no documento fiscal. O art. 93, § 4º do RICMS, dispõe que quando o imposto não estiver destacado no documento

fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de "carta de correção" (art. 201, § 6º).

Estas providências por parte do emitente do documento fiscal não foram comprovadas pelo dependente. Portanto, a infração está consubstanciada nos demonstrativos e nas notas fiscais de fls. 59 a 76 e fica mantida.

A infração 5 registra a utilização indevida de crédito fiscal em razão de destaque de imposto a maior no documento fiscal, prática vedada pela legislação, consoante a norma descrita no art. 97, § 5º, I do RICMS/BA. A mera alegação de que a infração será investigada junto ao contador da empresa, não possui o condão de elidir a autuação, ao tempo em que o autuante destaca que os créditos fiscais indevidos, destacados nos documentos fiscais de mercadorias adquiridas de empresas inscritas no Simples Nacional, (EPPs), não dão direito ao crédito fiscal. As cópias das notas fiscais estão anexas fls. 77 a 83 dos autos. Infração não elidida.

A infração 6 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, em razão da transferência incorreta de saldo credor do período anterior, consoante demonstrativo de fl.84.

O ICMS é um imposto não cumulativo, no qual o sujeito passivo tem a faculdade de abater o imposto devido pelos fatos jurídicos tributários que praticar com os créditos referentes às operações ou prestações anteriores. (art. 155, § 2º, I CF). O art. 19 da Lei Complementar 87/96, dispõe que o ICMS é um "imposto não cumulativo compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado".

Novamente a dependente alega que a acusação fiscal será investigada junto ao seu contador, mas esta se encontra embasada no demonstrativo de fl. 84/85 e cópias do RAICMS, fls. 86 a 92. Procedente, portanto, pois a simples negativa do cometimento da infração não elide a acusação.

Na infração 7 foi detectada a utilização a maior de crédito fiscal referente a antecipação parcial. Na defesa, o contribuinte pede a nulidade da autuação com base em que foi utilizada na descrição da infração a conjunção alternativa "ou". Desta forma, não teria condições de exercer a ampla defesa, por não saber qual a efetiva ocorrência que lhe está sendo apontada. Contudo, não acolho a pretensão do sujeito passivo, pois a infração está plenamente demonstrada nos levantamentos e demais documentos de fls. 96 a 134, que se fundamenta nos documentos fiscais de mercadorias adquiridas pela empresa, cujos remetentes estão situados no Brasil, em outras unidades da Federação.

A antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96, art. 12-A, em que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Mais uma vez não houve a desconstituição da exigência fiscal, mediante provas da regularidade do crédito fiscal. Fica mantida a infração.

A infração 8, relativa à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas, o sujeito passivo nega o cometimento da infração sob a simplória alegação de que desconhece o ilícito. Contudo os demonstrativos e os documentos de fls. 135 a 162, elaborado com base nos lançamentos fiscais, aponta os valores exigidos, e que não foram recolhidos pelo dependente. Deste modo, entendo que a infração deve ser mantida.

A infração 9 aponta que houve o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, no valor de R\$ 16.320,53, consoante demonstrativo de fls. 163 a 165 do PAF. Os demonstrativos elaborados na ação fiscal e as fotocópias dos livros fiscais acostados aos autos (fls. 135 a 162 – infração 8, fls. 163 a 165 – infração 9) demonstram todos os elementos comprobatórios das irregularidades, objeto da autuação fiscal, e foram disponibilizados e entregues ao contribuinte, quando da ciência dos autos. Portanto, a infração é procedente, vez que o sujeito passivo limita-se a arguir que desconhece o ilícito que lhe é apontado.

A infração 10, relativa ao recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de desconcontro entre o valor recolhido e o escriturado nos livros fiscais, está demonstrada no levantamento elaborado na ação fiscal e as fotocópias dos livros fiscais e do documento fiscal (DAE), acostados aos autos (fls. 166 a 186). Portanto, todos os elementos comprobatórios das irregularidades, objeto da autuação fiscal, foram disponibilizados e entregues ao contribuinte, que apenas nega o cometimento da infração. Fica mantida.

A infração 11, refere-se à omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, decorrente da aquisição de mercadorias e bens destinados para Brinde e/ou Presentes sem registro das saídas. Ocorre o fato gerador do ICMS, situação que expressa fim econômico, tipificado em lei, e que tem finalidade de gerar a obrigação tributária para nascimento da hipótese de incidência, na saída de mercadoria a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para

outro estabelecimento do mesmo titular. Deste modo, não se sustenta a afirmativa trazida na defesa de que as mercadorias foram lançadas de acordo com a legislação, desde quando não foram oferecidas à tributação, consoante demonstrativo de fls. 188 a 192, que pontua as notas fiscais objeto da ação fiscal. Infração não elidida.

Nas infrações 12 e 13, estão sendo exigidos o pagamento relativo à diferença de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, respectivamente. É devido o pagamento do diferencial do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento autuado. Deste modo, a infração 13 fica mantida, pois não foram trazidas provas do efetivo pagamento do imposto ora exigido.

Quanto à infração 12, cujas notas fiscais são as mesmas da infração 1, fica elidida, pois, trata-se de mercadorias para revenda, e não para integrar o ativo permanente do estabelecimento autuado. Infração improcedente.

Na infração 14, consta que o contribuinte 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.

A antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96, art. 12-A, em que nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. O demonstrativo está acostado nas fls. 205 a 242, com ocorrência em 30/06/2008, e multa aplicada no art. 42, “d” da Lei nº 7.014/96. Mais uma vez não houve a desconstituição da exigência fiscal, mediante provas da regularidade do pagamento da antecipação parcial, em conformidade com o exigido na legislação. Fica mantida a infração.

Na infração 15, a exigência refere-se à multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. O contribuinte reconhece que não efetuou a antecipação parcial, mas teria pago o ICMS pelo regime normal de apuração crédito/débito. Deste modo, não há o que ser analisado, haja vista que a multa ora exigida encontra-se tipificada na legislação e há concordância expressa do não recolhimento da antecipação parcial, por parte do sujeito passivo. Infração mantida, fundamentada nos demonstrativo e documentos de fls. 243 a 469 do PAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 532/533) com o seguinte teor: “O Acórdão JF nº 0101-05/12 julgou a defesa fiscal improcedente, em parte, aduzindo o quanto gravado no relatório acórdão. O recorrente mantém os argumentos expendidos na defesa e, ainda, os demais que serão acrescidos durante o decorrer do PAF em grau de Recurso, especialmente pela NULIDADE DOS ITENS QUE MENCIONA NA REFERIDA DEFESA. Posto isto, requer seja dado **PROVIMENTO** ao presente Recurso para julgar procedente a defesa administrativa interposta pelo autuado. P. deferimento”.

No seu opinativo, da lavra da n. Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz (fls. 540/541), a PGE/PROFIS após abordar o Recurso interposto, observa que as razões recursais não são capazes de modificar a Decisão recorrida, pois sem lastro probatório. Que o recorrente apenas reiterou seus argumentos de defesa, não produzindo, mais uma vez, provas capazes de refutar as infrações.

Ressaltando de que um processo administrativo fiscal assegura ao contribuinte o direito à impugnação do lançamento em sede administrativa, possibilitando a apresentação de qualquer prova em direito admitido, opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

Diante da forma como foi apresentado o Recurso Voluntário, permito-me caminhar na análise e condução da presente Decisão na forma a seguir especificada.

O presente Auto de Infração traz no seu bojo a acusação do cometimento de 15 infrações à legislação tributária deste Estado pela empresa autuada.

Das 15 infrações, duas delas (infração 1 e infração 12, que tratam, respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal relativo à ativo imobilizado e a falta de pagamento da diferença de alíquota) foram julgadas improcedentes pela JJF. Não havendo Recurso de Ofício a ser apreciado, a Decisão da JJF é a que prevalece, não sendo mais da competência desta CJF voltar à suas apreciações.

Reanalizando a defesa apresentada, já que no seu Recurso o recorrente diz que mantém os seus termos, assim o faço.

Em relação à infração 7, requer a sua nulidade por entender que como na descrição dos fatos o autuante consignou *“utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outra unidade da federação ou do exterior”*, a palavra “ou” o confundiu, dificultando sua defesa, já que a acusação restou dúbia e confusa.

Não tem qualquer pertinência tal argumento. Em primeiro, consta no corpo do Auto de Infração de que a acusação encontra-se vinculada aos demonstrativos elaborados pelo autuante, cujo conhecimento teve o contribuinte. Em segundo, os documentos de prova da infração constam às fls. 93/134 do processo. O autuante elaborou planilha onde indicou, mês a mês, todos os DAE referentes à antecipação parcial recolhida pela empresa. De igual forma indicou, mês a mês, todos os créditos fiscais desta antecipação parcial escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Glosou a diferença apurada, exigindo o imposto. Em terceiro, mesmo que indevidamente o fiscal autuante tenha consignado que a antecipação parcial possa recair sobre mercadorias adquiridas do exterior, diante dos fatos acima narrados, e provados, nenhuma dúvida paira sobre a infração cometida. Em assim sendo e em obediência às determinações do § 2º, do art. 18, do RPAF/BA que textualmente dispõe: *“Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade”*, não posso acolher o argumento de nulidade apresentado pelo recorrente.

Passando ao mérito da autuação, em relação às infrações contestadas:

Infração 2 – a empresa alega de que as mercadorias não foram adquiridas para uso e consumo e sim à revenda. Pela análise das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 29/58) os produtos adquiridos foram, entre outros, açúcar, martelo, parafusos, formulário contínuo, chave boca, suporte de parede para TV, papel higiênico, copos, canetas, saco de lixo, desinfetante, ou seja, mercadorias caracteristicamente de material de uso e consumo do recorrente, que tem por atividade a venda de móveis. Neste contexto, o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96 veda a utilização dos créditos fiscais provenientes das aquisições de matérias de uso e consumo até 01/01/2020 (alteração dada pela Lei Complementar 138, de 2010). A legislação estadual (Lei nº 7.014/96 e RICMS) segue fielmente tais determinações. Por consequência, mantida a Decisão da JJF.

Na infração 3, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias destinadas à contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, a empresa apenas confirma que a mercadoria adquirida lhe pertencia. Se lhe pertencia deveria, na ocasião de sua aquisição, ter sanado o erro, caso existente, pois, conforme análise da nota fiscal autuada (fl. 472), embora o nome do destinatário seja a empresa Helen & Barreto Ltda., a inscrição estadual, CNPJ e endereço são diversos daqueles do recorrente. Não havendo saneamento de tal erro, o art. 97, V do RICMS/97 vedava a utilização de crédito fiscal se o documento fiscal indicasse destinatário diverso daquele que efetivamente recebeu a mercadoria, mesmo que pertencente ao mesmo titular. Decisão mantida.

Infração 04 – o argumento de defesa é que embora o imposto não tenha sido destacado, o crédito fiscal era devido. Conforme apontou a JJF, o art. 93, § 4º do RICM/97S, dispunha que quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menor, a utilização do crédito fiscal ficará condicionada à regularização, mediante emissão de documento fiscal complementar pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de "carta de correção" (art. 201, § 6º). O contribuinte não logrou provar que havia sanado a irregularidade. Diante da legislação posta, somente posso me alinhar á Decisão da JJF, a mantendo.

Infrações 5 e 6 – diz que irá investigar junto ao seu contador o que ocorreu. Neste momento, lembro as disposições do RPAF/BA que no seu art. 123 prevê: “*É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação*”. Mas, mesmo não trazendo qualquer prova para elidir a ação fiscal, a JJF ainda cuidou de analisar a legislação posta para que não pairasse qualquer dúvida a respeito da matéria. Voltar a sua análise seria, apenas, repetir o que já foi exposto. Sem provas que possam elidir a ação fiscal, a Decisão recorrida é mantida.

Infração 7 – não houve contestação de mérito. Nulidade já afastada. Decisão mantida.

Infrações 8, 9 e 10 - diz desconhecer os ilícitos a ele imputados e que irá investigar a situação junto ao seu contador. Relembro, novamente, as determinações do art. 123, do RPAF/BA, bem como, de que a JJF analisou com cautela todas estas três infrações, indicando, para cada uma, os demonstrativos elaborados pelo autuante e toda a base documental que as lastreou. Ao analisar esta documentação, nada mais há que se acrescentar ao que expos a Decisão de 1º Grau, cujo voto consta transcrito no relatório do presente Acórdão. Decisão mantida.

Infração 11 – a acusação é de que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Aquisição de mercadorias e bens destinados para Brinde e/ou Presentes sem registro das saídas.

O único argumento do recorrente é de que as mercadorias foram lançadas de acordo com a legislação em vigor.

Primeiramente cumpre observar que embora as notas fiscais tenham como operações “vendas”, o próprio autuante informa que foram aquisições de brindes, inclusive no seu demonstrativo de débito diz que a auditoria teve por objetivo verificar as aquisições de mercadorias destinadas à distribuição direta pelo contribuinte em campanha ou promoções de vendas (fl. 188).

Em assim sendo, o RICMS/97 no seu art. 564 definia o conceito de brindes, ou seja, mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tivesse sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

E para equilibrar o crédito fiscal consignado na nota fiscal com o débito, anulando o imposto da operação já que não existe, no caso, o caráter mercantil, assim determinava:

Art. 565. *O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:*

I - *lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;*

II - *emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA”.*

A empresa autuada, pelas informações contidas no presente processo, registrou tais aquisições no seu livro Registro de Entradas, utilizando os créditos fiscais nos documentos fiscais consignados.

Não emitiu notas fiscais de entradas, portando não as registrando no seu livro Registro de Saídas, conforme preconizava o art. II, do art. 565, do RICMS/97.

Desta forma, entendo que restou caracterizada a omissão de saída de mercadorias tributadas. Por consequência, a Decisão recorrida é mantida.

A infração 13 trata da falta de recolhimento da diferença de alíquota relativa às aquisições de materiais para uso e consumo.

A empresa apenas diz que as notas fiscais foram lançadas de acordo com a legislação, não merecendo tais lançamentos “*qualquer retoque jurídico nem administrativo*”. Ao analisar as notas fiscais autuadas (demonstrativo fl. 204 e NF’s fls. 48, 50, 46, por exemplo) trata-se de aquisições de peças de motor, bateria para parafusadeira e jogos de cama e mesa, que não fazem parte da atividade do recorrente e adquirida em pequenas quantidades. Em assim sendo, devida a diferença de alíquota com base no que dispõe o art. 33, da Lei Complementar nº 87/96 já comentada.

Quanto às infrações 14 e 15, o recorrente confessa de que não recolheu o imposto por antecipação parcial relativo às aquisições realizadas. Contudo, entende que como o fez nas saídas e como os documentos fiscais encontram-se lançados em sua escrita fiscal, a exigência do imposto e da multa aplicada configurava-se como uma injustiça tributária intolerável.

Primeiramente é necessário se ressaltar que a infração 14 trata da falta do pagamento da antecipação tributária em relação á aquisições de mercadorias não escrituradas nos respectivos livros fiscais. A infração 15 embora trate da mesma questão, os documentos fiscais se encontravam escriturados. Assim, na infração 14 foi exigido imposto e, na 15 multa percentual de 60% pela intempestividade do pagamento do imposto. Portanto a questão não diz respeito tão somente sobre a aplicação de multa como quer crer o recorrente.

No mais, a antecipação tributária parcial encontra-se prevista na Lei nº 7.014/96, no seu art. 12-A, O demonstrativo acostado nas fls. 205/207 e cópia do livro Registro de Entradas (fls. 424/435) atestam que as notas fiscais não foram escrituradas, portanto não havendo imposto recolhido quando das saídas das mercadorias. Decisão mantida

E quanto à infração 15, como os documentos fiscais encontravam-se escriturados, houve a aplicação de multa contida no § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que remete a exigência ao percentual da multa do art. 42, II, “d” da referida norma legal. Quanto à afirmativa de ser ela intolerável, por se encontrar tipificada na norma legal, somente cabe ao autuante e a este Colegiado corretamente aplicá-la.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 15)

Em que pese o sempre abalizado voto da i. Conselheira Relatora, peço a devida *venia* para discordar de sua conclusão em relação à infração 15, que cobra multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, mas que foi posteriormente pago pelo regime normal, quando da saídas das mercadorias.

Como bem apontou a n. Relatora, houve a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 60% pela intempestividade do pagamento do imposto, e não pela falta do pagamento do mesmo.

Compulsando os autos, entendo que cabe a aplicação do quanto previsto no art. 158 do RAPF/BA que assim dispõe:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Pela análise dos fatos que cercam este procedimento administrativo, vejo que a obrigação já foi adimplida, sem que houvesse dolo ou intenção de burlar o Fisco pela falta de pagamento do imposto devido na antecipação.

Aliás, devido a natureza, variedade e quantidade de mercadorias comercializadas, conjugada com a complicação quanto ao correto enquadramento tributário, mesmo as empresas maiores, que possuem maior capacidade administrativa, cometem equívocos no recolhimento da antecipação tributária, técnica empregada para melhorar a fiscalização, mas que, via de regra, demanda uma série de normas instrumentais que se alteram quase que diariamente.

Torno a repetir que, no presente caso, o imposto devido por antecipação já foi recolhido nas saídas, como aponta a própria fiscalização, e o prejuízo ao Erário pelo cumprimento da obrigação a destempo foi de pequena monta, desproporcional ao valor cobrado nos presentes autos, podendo-se até perquirir um verdadeiro *bis in idem* ou enriquecimento ilícito do Fisco Estadual, caso se mantenha a exação nos termos propostos no Auto de Infração.

Entendo que não é o objetivo do Estado arrecadar através de multas, mas sim cobrar os impostos devidos e fiscalizar todas as empresas para que se mantenha a concorrência no mesmo patamar de igualdade, cabendo a este Colegiado corrigir certas distorções vivenciadas pela nossa legislação.

Pelo exposto, com a aplicação do quanto previsto no art. 158 do RPAF, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir a multa da infração 15, para R\$39.238,13, o que representa 20% do valor inicialmente lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2330810002118**, lavrado contra **VISPA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (HELLEN & BARRETO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$485.987,64**, acrescido das multas de 50% sobre R\$112.033,22, 60% sobre R\$373.438,52 e 70% sobre R\$515,90, previstas no art. 42, incisos I, “a”, VII, “a”, II, alíneas “b”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$196.190,67**, prevista no inciso II, “d”, dos mesmos artigo e lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 15) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Valtércio Serpa Júnior.

VOTO DIVERGENTE (Infração 15) – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2013.

JOSÉ ANTÔNIO MARQUES RIBEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE
(Infração 15)

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS