

PROCESSO - A. I. N° 269515.0008/08-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO (IGACENTER SUPERMERCADO)
RECORRIDOS - ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO (IGACENTER SUPERMERCADO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 244-05/11
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
INTERNET - 02/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0276-11/13

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO CONTABILIZADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diligência fiscal comprova que partes das notas fiscais se referem à prestação de serviços de publicidade e propaganda, de mercadorias devolvidas e canceladas. Refeitos os cálculos o que implicou na redução do débito. Infração subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS. ATIVO FIXO. Infração insubstancial. b) MATERIAL DE CONSUMO. Exigência subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADA INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVRO E DOCUMENTO FISCAL. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO REGISTRADA. MULTA. Penalidade de caráter acessório absorvida pela multa por descumprimento de obrigação principal. Exigências insubstanciais. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, por falta de previsão legal. Modifica a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF na qual desonerou em parte as infrações 1, 3 e 4, e totalidade das infrações 2, 5 e 6, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo à infração 1 julgada Procedente em Parte e cancelamento da multa aplicada nas infrações 1, 3, 4 e 6, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento. O Auto de Infração lavrado em 13/08/08, exige o débito, no valor de R\$ 84.864,86, em decorrência das seguintes infrações:

- 1 *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$55.800,44, apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos exercícios de 2006 e 2007;*
- 2 *Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, no valor de R\$ 158,11, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de abril e novembro de 2006;*
- 3 *Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, no valor de R\$ 1.654,50, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007;*
- 4 *Deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 3.220,43, inerente aos exercícios de 2006/2007, referente às aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização;*
- 5 *Multa de R\$ 23.016,10, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.*

6 Multa de R\$ 1.015,28, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Na Decisão proferida pela 5ª JJF (fls. 1623/1632), inicialmente rejeitou o pedido de nulidade, por entender que foi obedecido ao devido processo legal, exercendo o seu direito de defesa.

Indeferiu o pedido de realização de diligência, por achar que os elementos contidos no processo eram suficientes para a formação da sua convicção (art. 147 do RPAF/BA).

Fundamentou que a utilização taxa SELIC é prevista na Lei nº 9.250/95, e é constitucional, de acordo com decisões proferidas por Tribunais Superiores.

No mérito, quanto à primeira infração, ressaltou que foi exigido imposto com base em presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96).

Apreciou que o contribuinte comprovou parcialmente a improcedência da presunção legal, ao juntar com a defesa (fls. 121 a 153) documentos (fls. 155 a 1.124), o que foi acatado pelo autuante na informação fiscal (fls. 1.158 a 1.163), excluindo as notas fiscais recebidas a título de bonificação, comodato, devolvidas, lançadas no exercício seguinte e todas as notas fiscais registradas no livro Caixa (fls. 1.126 a 1.134), o que reduziu o valor da infração 1 de R\$55.800,44 para R\$38.346,06.

Ressaltou que na manifestação acerca da infração fiscal (fls. 1.171 a 1.180), juntou cópia do livro Registro de Entradas (fls. 1.181 a 1.292), comprovando o registro de parte das notas fiscais.

O processo foi convertido em diligência (fls. 1.534 e 1.599) o que resultou no demonstrativo de fls. 1.601 a 1.609 dos autos, reduzindo a infração para o valor de R\$ 33.236,66.

Que cotejando o demonstrativo (fls. 1.601/1.609) com a cópia do livro Registro de Entradas (fls. 1.181/1.292), restou comprovado a existência de notas fiscais devidamente lançadas e ainda não excluídas do levantamento fiscal, como também a existência de nota fiscal cuja mercadoria foi devolvida, assim como notas fiscais que foram relacionadas, mas que não foram apensadas aos autos como prova da acusação fiscal, as quais o contribuinte as desconhece, devendo todas ser excluídas da exação fiscal, com base no levantamento de fls. 1.601 a 1.609, conforme a seguir:

- Mês de janeiro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 574879 (fl. 1188), 319649 (fl. 1189), 452920 (fl. 1189), 862477 (fl. 1184), 26203 (fl. 1184) e 454047 (fl. 1186), remanescendo a previsão legal de omissão de saídas de R\$ 4.708,80, com ICMS devido de R\$ 800,50, em relação às Notas Fiscais de nºs 32983, 35884 e 1860, cujos registros não foram comprovados. Aduz o autuado que desconhece a aquisição da Nota Fiscal nº 1860, contudo o documento colhido no CFAMT, à fl. 89 dos autos, é prova suficiente da operação.
- Mês de fevereiro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 454812 (fl. 1195), 58513 (fl. 1192), 456039 (fl. 1193), 321385 (fl. 1199), 81883 (fl. 1201), 18249 (fl. 1202), 283442 (fl. 1203) e 458526 (fl. 1205), remanescendo o ICMS devido de R\$ 539,44, relativo às Notas Fiscais nºs 439411 (fl. 90), 457323, 278446, 980944 e 980947, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de março de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 459238 (fl. 1204), 8270 (fl. 1206), 692322 (fl. 1207), 460243 (fl. 1209), 462574 (fl. 1210), 324842 (fl. 1212) e 463618 (fl. 1211), remanescendo o ICMS devido de R\$ 759,64, relativo às Notas Fiscais nºs 1675, 327905, 9543, 461660 e 5674, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de abril de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 464750 (fl. 1213) e 628339 (fl. 1215); nota fiscal nº 46104, desconhecida pelo contribuinte e não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 661,12, relativo às Notas Fiscais nºs 8475, 44992, 1795, 628338 e 54345, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de maio de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 469197 (fl. 1216), 57465 (fl. 1222), 147641 (fl. 1221), 328909 (fl. 1217), 135115 (fl. 1219) e 472717 (fl. 1227), além da Nota Fiscal nº 15442, devolvida conforme documento à fl. 1553, remanescendo o ICMS devido de R\$ 517,07, relativo às Notas Fiscais nºs 72840 e 301358, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de junho de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 475019 (fl. 1224), 476008 (fl. 1230), 476968 (fl. 1231) e 234992 (fl. 1232), além da Nota Fiscal nº 47990, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 593,96, relativo às Notas Fiscais nºs 301924, 1852, 736688, 1873, 1874 e 5942, cuja presunção legal não foi elidida.

- *Mês de julho de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 477920 (fl. 1233), 478787 (fl. 1234), 107351 (fl. 1237), 479922 (fl. 1242), 194030 (fl. 1244), 472004 (fl. 1243) e 482284 (fl. 1240), além da Nota Fiscal nº 49105, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 684,25, relativo às Notas Fiscais nºs 1951, 1952, 814, 370693, 1957, 374684, 9785, 9367 e 1992, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de agosto de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 198 (fl. 1245), 483389 (fl. 1246), 484492 (fl. 1247), 2034 (fl. 1258) e 486114 (fl. 1257), remanescendo o ICMS devido de R\$ 196,35, relativo às Notas Fiscais nºs 268 e 6103, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de setembro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 111862 (fl. 1250), 282424 (fl. 1249), 282425 (fl. 1248), 282484 (fl. 1249), 130347 (fl. 1251) e 491918 (fl. 1252), remanescendo o ICMS devido de R\$ 702,36, relativo às Notas Fiscais nºs 14711, 14712, 14713, 14714, 14715, 14716, 6193, 4208, 9198 e 796860, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de outubro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 64531 (fl. 1253) e 450395 (fl. 1254), remanescendo o ICMS devido de R\$ 441,23, relativo às Notas Fiscais nºs 474, 9722, 1043, 6243 e 9303, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de novembro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 788619 (fl. 1255), 814344 (fl. 1259), 339613 (fl. 1261) e 806427 (fl. 1260), além da Nota Fiscal nº 52992, não anexada aos autos como prova da acusação, remanescendo o ICMS devido de R\$ 174,80, relativo às Notas Fiscais nºs 10391, 18803, 18804, 18806, 6313, 94417 e 22774, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de dezembro de 2006. A presunção legal não foi elidida, remanescendo o ICMS devido de R\$ 236,23, conforme fl. 1.605 dos autos.*
- *Mês de janeiro de 2007. Nota Fiscal nº 509256 (fl. 1264) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal nº 3024 não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 1.052,20, relativo às Notas Fiscais nºs 840351, 6447, 9558, 9610, 1264, 6496, 19434, 19447, 5559 e 100889, cujos registros não foram comprovados.*
- *Mês de fevereiro de 2007. Nota Fiscal nº 265583 (fl. 1268) lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 27,56, relativo às Notas Fiscais nºs 1763, 74370 e 83538, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de março de 2007. Nota Fiscal nº 36537 (fl. 1265) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal nº 57249, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 657,20, relativo às Notas Fiscais nºs 6602, 9802, 9850, 91572 e 220543 (fl. 94), cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de abril de 2007. Nota Fiscal nº 908859 (fl. 1267) foi lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 245,84, relativo às Notas Fiscais nºs 6665, 222563, 1877, 3191, 9963, 225743 e 269683, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de maio de 2007. Nota Fiscal nº 40134 (fl. 1271) foi lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 609,40, relativo às notas fiscais nºs 6733, 279153, 6804, 10093 e 131782, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de junho de 2007. Notas fiscais nº 46748 (fl. 1272) e 615028 (fl. 1270) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 509,71, relativo às Notas Fiscais nºs 23558, 3299, 236188, 934111, 934112 e 10205, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de julho de 2007. Notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas: 338520 (fl. 1269), 316732 (fl. 1274) e 9633 (fl. 1276), além da Nota Fiscal nº 61221, não anexada aos autos como prova da acusação, remanescendo o ICMS devido de R\$ 27,57, relativo à Nota Fiscal nº 347448, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de agosto de 2007. Nota Fiscal nº 412807 foi devolvida, conforme documento à fl. 1550, remanescendo o ICMS devido de R\$ 200,74, relativo às Notas Fiscais nºs 110677, 7112 e 10412, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de setembro de 2007. Notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas: 1641 (fl. 1277), 5942 (fl. 1278) e 5943 (fl. 1278), remanescendo o ICMS devido de R\$ 215,78, relativo às Notas Fiscais nºs 122991, 122992, 7203, 124660 e 10549, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de outubro de 2007. Nota Fiscal nº 125213 (fl. 1275) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal nº 64155, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 290,00, relativo às Notas Fiscais nºs 7250, 128626, 7304 e 10633, cuja presunção legal não foi elidida.*

- *Mês de novembro de 2007. Notas Fiscais nº 476130 (fl. 1279) e 610815 (fl. 1280) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 759,47, relativo às Notas Fiscais nºs 2169, 268345, 184294, 10718, 7381 e 19284, cuja presunção legal não foi elidida.*
- *Mês de dezembro de 2007. Notas Fiscais nº 378075 (fl. 1281) e 378076 (fl. 1282) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 288,50, relativo às Notas Fiscais nºs 916718 e 155214, cuja presunção legal não foi elidida.*

Do exposto, após tais considerações, remanesce o ICMS de R\$ 11.190,92 para a infração 1.

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 1 | | | |
|---------------------------------------|-----------------|--------------------|-----------------|
| Data da Ocorrência | ICMS Devido | Data da Ocorrência | ICMS Devido |
| 31/01/06 | 800,50 | 31/01/07 | 1.052,20 |
| 28/02/06 | 539,44 | 28/02/07 | 27,56 |
| 31/03/06 | 759,64 | 31/03/07 | 657,20 |
| 30/04/06 | 661,12 | 30/04/07 | 245,84 |
| 31/05/06 | 517,07 | 31/05/07 | 609,40 |
| 30/06/06 | 593,96 | 30/06/07 | 509,71 |
| 31/07/06 | 684,25 | 31/07/07 | 27,57 |
| 31/08/06 | 196,35 | 31/08/07 | 200,74 |
| 30/09/06 | 702,36 | 30/09/07 | 215,78 |
| 31/10/06 | 441,23 | 31/10/07 | 290,00 |
| 30/11/06 | 174,80 | 30/11/07 | 759,47 |
| 31/12/06 | 236,23 | 31/12/07 | 288,50 |
| TOTAIS | 6.306,95 | | 4.883,97 |

Quanto à segunda infração, a qual exige o imposto de R\$ 158,11, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de imobilizado, relativas às Notas Fiscais de nºs 1191, 628337 e 42341, conforme demonstrado à fl. 25, o próprio autuante, em sua informação fiscal às fls. 1.162, reconhece que o contribuinte, às fls. 653/654, comprova ter recolhido o ICMS pertinente as Notas Fiscais de nºs 1.191, 628.337 e 42.341. Sendo assim, a infração 2 é improcedente.

Inerente à terceira infração, a qual exige o imposto de R\$ 1.654,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrado às fls. 26 e 27, o autuante, às fls. 1.162 dos autos, aduz que o contribuinte faz prova do pagamento de várias notas fiscais, do que apura o valor remanescente de R\$ 336,06, relativo às Notas Fiscais de nºs 2640, 5662, 5844, 552 e 187338, conforme demonstra à fl. 1.136 dos autos, não tendo o autuado elidido tal valor. Sendo assim, a infração 3 é subsistente em parte, no valor de R\$ 336,06, sendo: R\$ 86,30 relativo à 31/05/2006; R\$ 33,00 relativo à 31/10/2006; R\$ 38,00, à 31/12/2006 e R\$ 178,76, à 31/08/2007, conforme demonstrativo à fl. 1.136 dos autos.

No tocante à quarta infração, a qual exige o ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 3.220,43, o autuante, quando da sua informação fiscal, aduziu que o contribuinte fez prova de pagamento de várias notas fiscais de entradas que foram excluídas do levantamento fiscal, remanescendo o valor de R\$ 1.925,09, consoante fls. 1.137 e 1.138 dos autos. Em seguida, às fls. 1.297 a 1.314, o autuado apenas Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) de ICMS antecipação parcial, nos quais restou comprovado o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal de nº 806427, constante do valor remanescente (fl. 1.137), conforme DAE à fl. 1300 dos autos, o que implica na exclusão do ICMS de R\$ 66,57, resultando na redução do ICMS de R\$ 1.925,09, constante às fls. 1.137 e 1.138 dos autos, para R\$ 1.858,52. Assim, a infração 4 é subsistente em parte, no valor de R\$ 1.858,52.

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 4 | | | |
|---------------------------------------|-----------------|--------------------|---------------|
| Data da Ocorrência | ICMS Devido | Data da Ocorrência | ICMS Devido |
| 31/01/06 | 438,29 | | |
| 28/02/06 | 77,99 | | |
| 31/03/06 | 89,53 | 31/03/07 | 97,13 |
| 30/04/06 | | 30/04/07 | 3,19 |
| 31/07/06 | 136,17 | 31/07/07 | 153,00 |
| 31/08/06 | 334,50 | | |
| 30/09/06 | 129,55 | 30/09/07 | 356,36 |
| 31/10/06 | 13,02 | | |
| 30/11/06 | 27,86 | | |
| 31/12/06 | 1,93 | | |
| TOTAIS | 1.248,84 | | 609,68 |

Por fim, em relação às infrações 5 e 6, as quais exigem, respectivamente, as multas de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação e não tributável, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos valores de R\$ 23.016,10 e R\$ 1.015,28, tendo o autuante, quando da sua informação fiscal, após as considerações defensivas, reduzido os valores para R\$ 15.664,51 e R\$ 872,88,

conforme demonstrado às fls. 1.139 a 1.150 dos autos, vislumbro não caberem tais exigências, pois tratam-se das mesmas notas fiscais relacionadas na infração 1, na qual, conforme já vimos, se exige o imposto por presunção legal ou se comprova a improcedência da presunção em razão do registro do documento fiscal, da devolução da mercadoria ou da ausência do documento fiscal como prova da acusação fiscal.

Contudo, em relação às notas fiscais que foram lançadas na escrita fiscal descabe a exigência da multa, haja vista a sua escrituração. Quanto às notas fiscais que foram devolvidas antes de adentrarem no estabelecimento do autuado, por motivo óbvio também descabe a exigência da multa. No tocante às notas fiscais que não foram apensadas aos autos e o contribuinte não as reconhece, também não se há de que se exigir, diante da fragilidade da acusação fiscal. Por fim, inerente às notas fiscais, constantes dos autos ou reconhecidas como adquiridas, que não foram registradas e nem devolvidas, igualmente, descabe a exigência da multa, pois, conforme comando legal previsto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, tal penalidade por obrigação tributária acessória será absorvida pela multa para a obrigação principal, uma vez que se trata de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal é 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. Assim, são insubstinentes as infrações 5 e 6.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 13.385,50, sendo: R\$ 11.190,92 em relação à infração 1; R\$ 336,06, à infração 3 e R\$ 1.858,52, à infração 4.

A 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.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente comenta as infrações, razões de defesa apresentada, Decisão proferida, ressaltando que foram afastadas inúmeras notas fiscais, que seguiram seu regular procedimento, porém requer reforma pelos seguintes fundamentos:

- a) Foram mantidas cobranças relativas a notas fiscais relacionadas às fls. 1644/1645, que devem ser excluídas deste lançamento por ser tratar de: a) serviços de publicidade e propaganda realizadas junto às rádios da cidade (Rádio Barreiras LTDA e Rádio FM Líder LTDA.), devidamente acostada aos autos, com as descrições das notas de propaganda. As referidas notas foram escrituradas no livro Caixa, debitando a despesa competente.
- b) Foi mantida a Nota Fiscal nº 461660, de R\$ 1.895,84, sendo que foi escriturada a de nº 147.641 com o mesmo valor, referente à mesma operação. Requer a retirada da Nota Fiscal nº 461660 emitida em duplicidade, relativo a mercadorias recebidas pela Nota Fiscal nº 147.641.
- c) Houve cancelamento das Notas Fiscais nºs 14711, 14716, 412807, 916778, 5554 e 15442 e devolução das mercadorias relativo às Notas Fiscais nºs 1553 e 1555. Ressalta que foram acolhidos os mesmos argumentos relativo Notas Fiscais nºs 14712, 14713, 14714 e 14715.
- d) A Nota Fiscal nº 628.338, emitida por FUJIOKA ELETRO IMAGEM S/A, no valor de R\$2.033,67 foi devidamente escriturada em 27/04/2006, conforme cópia do livro de Registro de Entradas.
- e) A Nota Fiscal nº 19.447, emitida por SAMAVI DISTRIBUIÇÃO E TRANSPORTES LTDA., foi devidamente cancelada, conforme reconhecido pelo vendedor que a cancelou.
- f) A Nota Fiscal nº 3299, emitida por DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA, foi lançada no livro de Registro de Entradas (fl. 204), conforme cópia anexa.

Por fim, quanto a aplicação das multas de 60% pelo cometimento das infrações 3 e 4, e de 70% em relação a infração 1, argumenta que devem ser canceladas, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, por inexistir dolo, fraude, má-fé e muito menos falta de pagamento do imposto.

Argumenta que não há uma única prova de saída ou entrada de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, o que demonstra não haver imposto devido pelo recorrente. Manifesta que em relação à infração 6, o não registro de notas fiscais, não causa falta de pagamento do imposto. Transcreve decisões do STJ que versam sobre multas e requer o seu cancelamento ou redução.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 1698/1699 opinou que diante dos argumentos e documentos juntados ao processo, deve ser realizada diligência fiscal para análise pela ASTEC/CONSEF.

O Conselheiro Fábio de Andrade Moura propôs e foi deliberado por esta CJF, a realização de diligência fiscal, no sentido de analisar os documentos fiscais e fazer as exclusões (fl. 1702).

O diligente no Parecer ASTEC nº 76/12 (fls. 1705/1708), diz que após verificações:

- a) Excluiu as notas fiscais relativas a serviços de publicidades (fls. 1657/1687);
- b) Não há prova de que a Nota Fiscal nº 461660 refira-se a mesma operação da Nota Fiscal nº 147.641. Mantida.
- c) Não foi provado o cancelamento das Notas Fiscais nºs 14711, 14712, 14715, 14714, 14715 e 14716. Mantidas.
- d) A Nota Fiscal nº 628.338 foi devidamente registrada no livro REM (fl. 1689). Excluída.
- e) O fornecedor comprovou o cancelamento da Nota Fiscal nº 19.447. Excluída.
- f) Provado que a Nota Fiscal nº 3299, foi escriturada no livro REM da filial (fl. 1693). Excluída.

Com a realização das exclusões, resultou nos demonstrativos juntados às fls. 1709/1717, e de débito à fl. 1707, resultando em valor devido de R\$6.330,33.

Cientificado do resultado da diligência, o recorrente manifestou-se (fls. 1724/1727) afirmando que:

- 1) Foram mantidas as Notas Fiscais nºs 9850 e 9198 relativas a prestação de serviço de propaganda;
- 2) A Nota Fiscal nº 461660 foi cancelada e emitida a Nota Fiscal nº 147.641 que foi devidamente escriturada, tratando-se da mesma operação. Afirma que este procedimento ocorreu anteriormente em relação à Nota Fiscal nº 301358, que foi cancelada e emitida a Nota Fiscal nº 302024, que foi devidamente escriturada;
- 3) As Notas Fiscais nºs 14711, 14712, 14715, 14714, 14715 e 14716 foram emitidas pela empresa SAMAVI DIST. E TRANSP. LTDA, estabelecida no município de Santa Maria da Vitória, que declarou ter cancelado as mencionadas notas, conforme documento anexo.

Afirma que na planilha de cálculo apresentada foi mantido cobrança de notas fiscais:

- a) 457323/1 – que foi escriturada em 22/02/06, conforme cópia do livro REM anexa;
- b) 3191 – lançada no livro da filial em 27/04/07, conforme cópia do livro REM anexa;
- c) 840351, 934111, 934112, 953520 e 19284 – foram devolvidas pelas Notas Fiscais nºs 845578, 937497, 737494, 958364 e 25347, conforme declaração da empresa CODICAL DIST. ALIM.
- d) 814, 796860 e 1264 – “são estranhas ao Auto de Infração inicial” e desconhece;
- e) 458819 – refere-se a troca de “produto vencido”, reposta por avaria. Entende que foi tributado pela compra inicial e deve ser afastada a exigência fiscal.
- 4) 916778 – “foi cancelada do trabalho fiscal, conforme afirmação do Agente Fiscal responsável pela diligência datada de 25/10/10”. Requer sua exclusão.

Conclui pedindo que seja julgado procedente o Recurso interposto.

A 1ª CJF deliberou pela realização de nova diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1751) para análise dos novos documentos juntados ao processo.

O diligente no Parecer ASTEC 08/13 afirma que a diligência foi feita em consonância com o seu pedido, sem analisar as verificações ora alegadas. Diz que após análise constatou que as NFs:

- 5) 9850 e 9198 referem-se a prestação de serviço de propaganda (fls. 1728/29). Excluídas;
- 6) 461660 – apesar do mesmo valor da 147.641, não comprovado cancelamento. Mantida.
- 7) 301358 – foi lançada no livro REM a Nota Fiscal nº 302024 (fl. 1731), mas não foi comprovado o cancelamento da primeira. Mantida;
- 8) 14711, 14712, 14715, 14714, 14715 e 14716. A empresa SAMAVI declara que foram canceladas. Excluídas;

- 9) 457323 e 3191 – foram escrituradas no livro REM (fl. 1732/1733). Excluídas;
- 10) 840351, 934111, 934112, 953520 e 19284 – comprovado devoluções pelas Notas Fiscais nºs 845578, 937497, 737494, 958364 e 25347 (fls. 1734/1744). Excluídas.
- 11) 953520 – não constou no levantamento fiscal.
- 12) 814, 796860 e 1264 – foram trazidas agora ao processo, não foram objeto da diligência à fl. 1702. Não se pronunciou sobre as mesmas;
- 13) 458819 – não houve comprovação da alegação (troca de “produto vencido”). Mantida.
- 14) 916778 – o diligente manteve, por falta de prova. Mantida.

Com os ajustes procedidos, o valor do débito foi reduzido para R\$5.785,37 (fl. 1756).

Cientificado do resultado da diligência, o recorrente manifestou-se (fls. 1771/1774). Comenta os ajustes procedidos pelo diligente e reafirma os argumentos relativos às Notas Fiscais nºs 461660; 953520; 814, 796860, 1264, 458519 e 916778. Requer a exclusão das mesmas.

O autuante tomou conhecimento do resultado da diligência e não se manifestou (fl. 1776).

A PGE/PROFIS emitiu Parecer às fls. 1778/1779, afirmando que foram reapresentados os mesmos argumentos anteriores e que tendo sido feito os ajustes pela ASTEC, opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício, relativo a desonerações feitas pela 5ª JJF.

No tocante à infração 1, em que foi exigido imposto com base em presunção legal (entrada de mercadoria não contabilizada), verifico que o autuante na informação fiscal fez exclusões das notas fiscais que não configuraram aquisições (bonificação, comodato, devolvidas e que foram comprovados lançamentos -fls. 1.126/1.134), o que reduziu o débito de R\$55.800,44 para R\$38.346,06.

Diante da manifestação do contribuinte o processo foi convertido em diligência (fls. 1.534 e 1.599) o que reduziu o débito para R\$ 33.236,66 (fls. 1.601/1.609).

Por sua vez a JJF, tomando como base o demonstrativo às fls. 1.601 a 1.609, fez a exclusão das notas fiscais escrituradas no livro REM (fls. 1.181/1.292), que foram relacionadas, mas não apensadas aos autos, de mercadorias devolvidas o que resultou em valor remanescente de R\$11.190,92 (fl. 1631).

Pelo exposto as desonerações foram feitas com base em provas materiais, que considero corretas.

Da mesma forma, o valor exigido da diferença de alíquotas (ativo) na infração 2, foi comprovado o seu recolhimento tempestivo (fls. 653/654), e correta a Decisão pela sua improcedência.

No tocante à infração 3, constato que o autuante acatou os comprovantes de pagamentos da diferença de alíquota (consumo) de parte das notas fiscais, o que reduziu o débito de R\$1.654,50 para R\$336,06 (fl. 1.136) o que foi acatado na Decisão da primeira instância. Fica mantida.

Relativamente à infração 4, verifico que na defesa o contribuinte apresentou DAEs que comprovaram pagamento de parte do ICMS antecipação parcial exigido (fls. 1.137, 1.138 e 1300), tendo o autuante refeito os demonstrativos originais, reduzindo o débito de R\$3.320,43 para R\$1.858,52, o que foi acatado na Decisão proferida pela 5ª JJF. Decisão mantida.

Quanto às infrações 5 e 6, a Decisão da primeira instância fundamentou que o valor das multas aplicadas de 10% e 1% sobre o valor das mercadorias sujeitas e não sujeitas a tributação, se referem às mesmas notas fiscais que constituíram a base de cálculo da infração 1 (fls. 1.139 a 1.150) que exige imposto por presunção legal.

E que, além de o contribuinte ter comprovado improcedência em parte da presunção (escrituração, devolução, ausência do documento fiscal como prova da acusação fiscal), descabe

a exigência da multa, tendo em vista que a penalidade decorrente de descumprimento de obrigação tributária acessória é absorvida pela multa para a obrigação principal.

Considero correta a Decisão ora recorrida, tendo em vista que conforme disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, o cometimento da infração por descumprimento da obrigação principal é 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. Logo, a multa aplicada na infração 1 absorve as multas aplicadas nas infrações 5 e 6. Mantida, portanto, a Decisão pela improcedência das infrações 5 e 6.

Recurso de Ofício Não Provisto.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto, o recorrente se insurge apenas quanto à infração 1, afirmando que mesmo tendo sido reduzido o débito original de R\$55.800,44 para R\$38.346,06, foram mantidas NFs de: a) serviços de publicidade; b) escrituradas; c) canceladas e devolvidas.

Acolhendo opinativo da PGE/PROFIS a 1ª CJF determinou a realização de diligência (fl. 1702), tendo o diligente no Parecer ASTEC 76/12 (fls. 1705/1708), feito à exclusão das notas fiscais relativas a serviços de publicidades, canceladas e registradas (fls. 1657/1687), o que reduziu o débito (fl. 1707), de R\$38.346,06 para R\$6.330,33.

O recorrente contestou (fls. 1724/1727) afirmando que ainda foi mantida nota fiscal relativa à propaganda (9850 e 9198); cancelada (461660) e substituída por outra devidamente escriturada (147.641); canceladas (14711, 14712, 14715, 14714, 14715 e 14716); escrituradas (57323/1 e 3191); devolvidas (840351, 934111, 934112, 953520 e 19284 – foram devolvidas pelas Notas Fiscais nºs 845578, 937497, 737494, 958364 e 25347) e estranhas ao Auto de Infração (814, 796860 e 1264); troca de “*produto vencido (458819) e acatada pelo autuante e restabelecido no demonstrativo do diligente (916778)*”.

A 1ª CJF deliberou pela realização de nova diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1751), tendo o diligente no Parecer ASTEC 08/13 feito exclusões relativas às NFs de propaganda, canceladas, devolvidas e escrituradas o que reduziu o débito de R\$6.330,33 para R\$5.785,37 (fl. 1756), mantendo as notas fiscais cujas comprovações não foram feitas (devolução, cancelamento e não escrituração).

O recorrente manifestou-se (fls. 1771/1774), reafirmando os argumentos relativos às Notas Fiscais nºs 461660; 953520; 814, 796860, 1264, 458519 e 916778 e pediu que fosse feito a exclusão das mesmas.

Pelo exposto, com relação ao último demonstrativo elaborado pelo diligente da ASTEC (fls. 1758/1766), consolidado no demonstrativo de débito juntado à fl. 1756, o descontentamento do recorrente se refere apenas às sete notas fiscais acima relacionadas que passo a analisar.

Nota Fiscal nº 461660 – Conforme verificado pelo diligente não há prova de que a NF 461660 tenha sido cancelada (fl. 1579) e se referia a mesma operação da Nota Fiscal nº 147.641 que foi escriturada (fl. 1579). Fica mantida;

Nota Fiscal nº 953520 – A Nota Fiscal nº 958364 (fl. 1737 e 1738) faz referência à devolução de referida nota fiscal. Entretanto esta NF emitida em 03/08/07 não constou no levantamento fiscal (fl. 22), nem no último demonstrativo do diligente (fl. 1764). Fica prejudicada a sua análise.

Notas Fiscais nºs 814, 796860 e 1264 – O recorrente afirmou que “*As notas fiscais 814, de 06/07/2006, 796860, de 30/09/06 e 1264, de 24/01/07 são estranhas ao Auto de Infração inicial*” (fl. 1773). O diligente tinha afirmado que “estas notas não contaram no pedido de diligência” (fl. 1755).

Verifico que assiste razão ao recorrente, visto que no demonstrativo original não constaram as mencionadas notas fiscais no mês de julho/06 (fl. 16); setembro (fl. 17) e janeiro/07 (fl. 19). Tomo como base o último demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 1758/1766) e faço a exclusão dos valores correspondentes (final do voto):

Nota Fiscal nº 458819 – a empresa afirma que se refere à troca de “produto vencido” e não gera obrigação de pagar tributo. O diligente confirmou que não foi provado o alegado. Fica mantida.

Nota Fiscal nº 916778 – a empresa alega que já tinha sido excluída pela fiscalização, o que foi contestado pelo diligente.

Verifico que no demonstrativo à fl. 1538 o autuante relacionou a referida NF como não acatada, manteve no demonstrativo à fl. 1608 afirmado que não foi comprovado a devolução (fl. 1610). Portanto, não tendo sido comprovado o alegado e não tendo sido juntado qualquer prova na última manifestação (fl. 1772), fica mantida no demonstrativo do diligente (fl. 1765).

Pelo exposto, tomo como base o demonstrativo de débito refeito pelo diligente (fl. 1756) e faço as exclusões pertinentes, o que reduz o débito de R\$11.190,92 indicado na Decisão proferida na primeira instância (fl. 1631) para R\$5.318,81.

| Data Ocorr | Data Vencto | A) ICMS | N. Fiscal | Fl. | B) VALOR | DEVIDO | Data Ocorr | Data Vencto | DEVIDO |
|------------|-------------|---------|-----------|------|----------|--------|------------|-------------|----------|
| 31/01/06 | 09/02/06 | 800,50 | | | | 800,50 | 28/02/07 | 09/03/07 | 27,55 |
| 28/02/06 | 09/03/06 | 479,33 | | | | 479,33 | 31/03/07 | 09/04/07 | 332,50 |
| 31/03/06 | 09/04/06 | 419,64 | | | | 419,64 | 30/04/07 | 09/05/07 | 25,32 |
| 30/04/06 | 09/05/06 | 77,40 | | | | 77,40 | 31/05/07 | 09/06/07 | 306,80 |
| 31/05/06 | 09/06/06 | 517,08 | | | | 517,08 | 30/06/07 | 09/07/07 | 14,52 |
| 30/06/06 | 09/07/06 | 330,45 | | | | 330,45 | 31/07/07 | 09/08/07 | 27,57 |
| 31/07/06 | 09/08/06 | 684,24 | 814 | 1760 | 129,20 | 555,04 | 31/08/07 | 09/09/07 | 0,14 |
| 31/08/06 | 09/09/06 | 9,35 | | | | 9,35 | 30/09/07 | 09/10/07 | 8,39 |
| 30/09/06 | 09/10/06 | 116,97 | 796860 | 1760 | 110,51 | 6,46 | 31/10/07 | 09/11/07 | 1,00 |
| 31/10/06 | 09/11/06 | 232,13 | | | | 232,13 | 30/11/07 | 09/12/07 | 511,68 |
| 30/11/06 | 09/12/06 | 81,30 | | | | 81,30 | 31/12/07 | 09/01/08 | 288,50 |
| 31/12/06 | 09/01/07 | 236,23 | | | | 236,23 | TOTAL | 466,58 | 5.318,81 |
| 31/01/07 | 09/02/07 | 256,80 | 1264 | 1763 | 226,87 | 29,93 | | | |

Por fim, quanto ao pedido de cancelamento das multas de 60% aplicadas nas infrações 3 e 4, e de 70% na infração 1, observo que as mesmas estão vinculadas às infrações cometidas, corretamente tipificadas no art. 42, II, “f” e III da Lei nº 7.014/96. E, em se tratando de descumprimento de obrigação principal, a competência é da Câmara Superior deste Conselho nos termos do art. 159, §1º, e art. 169, §1º do RPAF/BA, motivo pelo qual não pode ser acolhida, por falta de previsão legal.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, apenas com a redução do valor da infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269515.0008/08-8, lavrado contra ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO (IGACENTER SUPERMERCADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$7.513,39, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.194,58 e 70% sobre R\$5.318,81, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS