

PROCESSO	- A. I. N° 157064.0301/08-6
RECORENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RIOBEL RIO JOANES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS	- RIOBEL RIO JOANES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0015-03/12
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado que o imposto estava pago. Infração improcedente mantida; 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA (A DAS SAÍDAS). Diligência fiscal comprovou omissão de entrada e de saída de produtos idênticos, fazendo o agrupamento, o que resultou na redução do débito. Reformulada a Decisão pela procedência parcial da infração. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. Diligência comprova que o demonstrativo acolhido na Decisão da primeira instância, não foi contemplado a redução da base de cálculos. Refeitos os cálculos, o que modificou a Decisão recorrida com a redução do débito e mantida a procedência em parte da infração. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Mantida a Decisão pela improcedência da infração, face à comprovação nos autos de que os valores exigidos já tinha sido objeto de exigência em outro Auto de Infração. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal constata que foram exigidos valores relativos à aquisição de produtos que não incide o imposto (livros) e de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, que também, não é cabível a exigência da diferença de alíquota. Reformulada a Decisão, com a redução do débito, pela procedência em parte da infração. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. VALOR UTILIZADO A MAIS QUE O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Mantida a Decisão pela nulidade da infração, em razão de inúmeras inconsistências na apuração da base de cálculo o que conduz a ausência de elementos suficientes para se

determinar com certeza o cometimento da infração. Lançamento nulo. **b) CRÉDITO RELATIVO A MERCADORIA QUE NÃO ENTROU NO ESTABELECIMENTO OU A SERVIÇO NÃO PRESTADO.** Restou comprovado que a descrição da infração (crédito fiscal de mercadorias que não deram entrada no estabelecimento) e tipificação da multa (150%) não se coaduna com a realidade fática que foi apropriação de crédito fiscal da antecipação parcial em valor superior ao que foi recolhido no período. Mantida a Decisão pela nulidade da infração, em razão da ausência de elementos que determine com certeza a ocorrência da infração. Rejeitado a nulidade da Decisão relativo à infração 3, por se tratar de questão material saneada mediante realização de diligência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício no que se refere à desoneração total das infrações 1 e 4, parte das infrações 2 e 3, nulidade das infrações 6 e 7 e Recurso Voluntário relativo à Decisão da 3^a JJF, pela procedência em parte das infrações 2 e 3, e procedência da infração 5.

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/08, exige ICMS no valor R\$448.417,23 acrescido de multas de 50%, 60%, 70% e 150%, além de aplicar penalidade por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$278.355,45, em decorrência de sete infrações.

1. *Falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 426,66, com multa de 50%;*
2. *Falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, a das saídas, sendo lançado tributo no valor de R\$ 15.324,41, com multa de 70%;*
3. *Falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 242.427,61, com multa de 60%;*
4. *Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 278.355,45, equivalente a 10% das entradas não registradas;*
5. *Falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 31.927,85, com multa de 60%;*
6. *Utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo imobilizado em favor superior ao permitido pela fiscalização, sendo glosado crédito no valor de R\$ 148.569,30, com multa de 60%;*
7. *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não ter a mercadoria entrado no estabelecimento ou por não ter sido prestado o serviço [sic], sendo glosado crédito no valor de R\$ 9.741,40, com multa de 150%.*

A 3^a JJF decidiu a lide prolatando a seguinte Decisão:

O 1º lançamento deste Auto cuida da falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O autuado provou que o imposto estava pago. O fiscal reconheceu o equívoco e opinou pela exclusão do lançamento.

O 2º lançamento diz respeito à falta de pagamento de ICMS, apurada em levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias. Em face dos pontos questionados pelo contribuinte, o fiscal autuante refez o levantamento, elaborando novos relatórios (fls. 1448 a 1459), e opinou pela redução do débito de R\$ 15.181,37. Embora o fiscal sugira a redução do débito “de R\$ 15.181,37”, o que na verdade ele recomenda é a redução do valor do imposto “para” R\$ 15.181,37. Acato o resultado da revisão.

O 3º lançamento acusa falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Diante de questionamentos apresentados pelo contribuinte, o fiscal informou que, tendo verificado os documentos acostados e as alegações do autuado, concluiu pela retirada dos valores relativos ao exercício de 2005, permanecendo os relativos a 2006, no valor de R\$ 19.013,99, conforme relatório às fls. 1439 e 1440. Acato o resultado da revisão.

O 4º lançamento refere-se à falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações tributáveis pelo ICMS. O contribuinte alegou que o seu estabelecimento foi alvo de duas fiscalizações simultâneas e a infração objeto deste item já havia sido objeto de outra autuação. O fiscal autuante informou que, tendo verificado os documentos apresentados às fls. 801 e 802, constatou a veracidade das alegações do autuado, e conclui pela exclusão desta infração. Lançamento indevido.

O 5º lançamento tem por motivo a falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo do estabelecimento. Embora o autuado alegue que se a autoridade fiscal tivesse levantado apenas as quantias devidas só restariam débitos nos meses de maio, junho e julho de 2005, nos valores de R\$ 628,73, R\$ 1.706,77 e R\$ 69,47, respectivamente, sobejando um saldo credor em dezembro de 2006 no valor de R\$ 19.016,98, passível de utilização posterior, não apresentou provas que desse sustentação ao tal entendimento. Mantenho o lançamento.

O 6º lançamento cuida de suposta utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela fiscalização.

O contribuinte defendeu-se assinalando os seguintes pontos:

- a) a diferença apurada pela fiscalização decorreu do fato de os valores relativos a remessas de vasilhames e outras saídas não especificadas terem sido destacados na coluna “Isentas ou Não Tributadas”, quando o correto seria na coluna “Outras”, e isso redundou em que, quando da elaboração da planilha da proporcionalidade entre as vendas tributadas e o total das saídas do estabelecimento pela fiscalização, foram incluídas na coluna “Isentas ou Não Tributadas” as remessas para conserto, as remessas de vasilhames e outras saídas não especificadas, que deveriam estar consignadas na coluna “Outras”;
- b) sua atividade principal é o comércio atacadista de cervejas, águas e refrigerantes, e, além das operações de vendas, existem saídas de brindes, doações, remessa em comodato, remessa de vasilhames e outras saídas não especificadas. De acordo com o seu Registro de Apuração, os maiores valores que aparecem na coluna “Valores Contábeis” correspondem a vendas de mercadorias objeto do seu comércio, remessas para conserto, remessas de vasilhames e outras saídas não especificadas. Elaborou com o objetivo de compor os valores corretos e determinar qual a proporcionalidade que deverá corresponder aos ditames das disposições regulamentares quanto ao aproveitamento dos créditos de bens do ativo imobilizado, bem como cópias do CIAP, onde estão registradas todas as aquisições ocorridas entre janeiro de 2001 a dezembro de 2006 e as respectivas movimentações;
- c) considera estar provado que a fiscalização não observou nem constatou que as saídas (remessa) de vasilhames e outras saídas de simples remessa não se enquadram legalmente como operações isentas ou não tributadas quando da elaboração do demonstrativo da proporcionalidade entre as vendas tributadas e o total das saídas do estabelecimento, em decorrência de ter aparecido indevidamente na coluna relativa às operações isentas e não tributadas do livro de apuração as saídas correspondentes aos CFOPs 5920, 5927, 5949 e 5960, que dizem respeito a remessa de vasilhames com posterior retorno, remessa para conserto, remessa em comodato e outras saídas não especificadas, todas consideradas operações de simples remessa, que deveriam compor a coluna destinada a outras saídas, em vez da coluna de isentas e não tributadas;
- d) levanta outra questão, dizendo que os valores lançados na coluna “Crédito Acumulado” do demonstrativo elaborado pela fiscalização, cujos números consignados, de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, são diferentes dos números apurados no CIAP, tendo sido repetido, mês a mês, o valor constante de R\$ 12.421,77, cuja origem a empresa desconhece, quando os valores corretos lançados nos seus registros (CIAP) indicam outros números, conforme demonstrativo que apresenta a seguir, com base nas planilhas intituladas “Demonstrativo da Proporcionalidade Entre as Vendas Tributadas e o Total das Saídas do Estabelecimento”, elaborada pela fiscalização, e na planilha “Demonstrativo da Proporcionalidade Entre as Vendas Tributadas”, elaborada pela empresa, tendo por fonte o CIAP e o livro de apuração do imposto.

Conclui pedindo que se declare improcedente o lançamento, e requer o direito de utilizar o crédito remanescente não utilizado em períodos anteriores no valor de R\$ 147.655,73.

Note-se que o autuado em sua defesa enfatizou aspectos relevantes, que carecem de exame e ponderação.

No entanto, mesmo diante de tudo isso, ao prestar a informação o fiscal autuante silenciou por completo em relação a este item 6º (fls. 1421-1422).

Na fase de instrução, esta Junta, notando que ao prestar a informação o fiscal autuante não atentou para o mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, determinou que os autos fossem enviados em diligência à repartição de origem a fim de que o fiscal prestasse nova informação como prevê o dispositivo supracitado.

Porém, novamente o fiscal se omitiu de apreciar as razões da defesa, dizendo simplesmente que o autuado não fez qualquer comentário com relação aos demonstrativos às fls. 84 e 84 [sic], e por isso opinou pela permanência da infração.

Discorreu sobre questões disciplinares, competência dos autuantes e julgadores, fundamentos do lançamento, informação fiscal (§ 6º do art. 127 do RPAF/BA), critérios de apropriação de créditos fiscais na aquisição de bens do ativo permanente e conclui pela nulidade da infração 6.

Retomando a análise deste caso, o lançamento do item 6º deste Auto é nulo por falta de certeza e liquidez (RPAF, art. 18, IV, "a").

Quanto ao item 7º, este não desfruta de melhor sorte. No Auto de Infração é acusada uma coisa, o autuado se defendeu de outra, e na informação fiscal surge uma terceira versão.

A acusação, no Auto, é de que houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS porque a mercadoria não teria entrado no estabelecimento ou porque o serviço não teria sido prestado. A multa estipulada foi de 150%. Essa multa de 150% é para quando há simulação, ou seja, quando a operação ou prestação é fictícia. Nos demais casos de utilização de crédito indevido a multa é de 60%.

Neste caso é difícil saber o que de fato ocorreu. Uma coisa é certa: não se trata de crédito relativo a mercadoria que deixou de entrar no estabelecimento, e tampouco de serviço que não foi prestado.

Na defesa o autuado teceu uma série de considerações, concluindo que teria utilizado crédito a menos no valor de R\$ 3.791,94.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante omitiu-se, nada falando acerca desse item (fls. 1421-1422).

Diante dessa omissão, esta Junta remeteu o processo em diligência para que fosse prestada nova informação como prevê o § 6º do art. 127 do RPAF.

Instado assim a se manifestar sobre o fato, o autuante explicou que na verdade o que houve foi antecipação parcial paga pelo autuado no período de outubro de 2005 a outubro de 2006, e como a empresa não vinha se creditando desses pagamentos como a legislação manda, ou seja, no mês seguinte, ela resolveu creditar-se de uma só vez, em dezembro de 2006, porém se creditou a mais, no valor lançado neste Auto.

Não explica, contudo, porque é que foi utilizado crédito a mais.

Neste caso, não há como mediante diligência averiguar por que é que em relação ao crédito relativo à antecipação parcial o crédito foi utilizado a mais, porque o fato é outro. A acusação é de que teria sido utilizado crédito relativo a mercadoria que não teria entrado no estabelecimento. Ora, se o contribuinte pagou a antecipação parcial, é porque obviamente a mercadoria entrou no estabelecimento, pois do contrário seria o caso de se devolver o imposto pago. Esse vício não é passível de correção no curso do processo, pois a correção implicaria mudança do fulcro da imputação. O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite "eventuais" incorreções ou omissões. Vícios substanciais não são passíveis de correção.

O lançamento do item 7º é nulo, nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF, c/c o art. 142 do CTN.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento relativamente aos itens 6º e 7º. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A 3ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF (art. 169, I, "a", do RPAF//99).

No Recurso Voluntário interposto (fls. 1506/1511), a empresa requer reforma da Decisão em relação às infrações 2, 3 e 5.

No tocante à infração 2, transcreve o teor do voto relativo a reformulação do levantamento quantitativo de estoques (fls. 1448 a 1459), reduzindo o débito de R\$15.324,41 para R\$15.181,37, o qual foi acatado pelo relator e diz que foi apurado omissão saídas de 3.241,82 caixas de Caninha

Duelo 12X500 ML a R\$17,63 gerando base de cálculo de R\$57.153,29 e ICMS R\$ 14.288,32 resultante de: EI - 3.064,20 CX; Entradas - 26.508,00 CX; EF- 0,00 CX; Saídas reais - 29.572,00 CX; Saídas com N.F. -30.202,46 CX e Omissão de Saídas - 3.241,82 CX.

Observa que no “Demonstrativo de Cálculo das Omissões”, existem duas linhas relativas ao mesmo produto Caninha Duelo CX 12X500 ML, mas para efeito de apuração da suposta omissão de saídas só foi considerado as saídas com N.F. da segunda linha (26.299,38), deixando de computar 3.903,00 CX, cujo total de saídas é igual a 30.202,46 CX.

Argumenta que considerando saídas de 30.202,46 (somatório de 3.903,08 + 26.299,38), apura-se uma omissão de entradas de 630,46 CX (não 3.241,82) a R\$ 17,63 resulta em base de cálculo de R\$11.150,09 e ICMS de R\$ 2.778,75 (alíquota de 25%).

Entretanto afirma que se considerado os números e as provas apresentadas junto com a defesa, teria-se os seguintes valores:

Estoque inicial conf. R. Inventário de 31/12/04 (cópia anexa)	- 3.049,00
Entradas conforme N. Fiscais (cópia anexa)	- 29.736,00 (1)
Estoque Final conf. R. Inventário 31/12/05 (cópia anexa)	- 2.630,00
Saídas Reais (EI+Entradas – EF)	- 30.155,00
Saídas com N. Fiscais (conforme demonstrativo fiscalização)	- 30.202,46
OMISSÃO DE (ENTRADAS) SAÍDAS	- 47,46

Salienta que no levantamento fiscal não foi considerado nas entradas de 3.500 caixas pela NF 8596 de 10/12/05 (cópia anexa), relativo à aquisição de 3.500,00 CX de caninha 12X500 ML, que corresponde, basicamente, à diferença entre as entradas constantes no demonstrativo fiscal e as entradas efetivas registradas ou que em tese eliminaria parte da suposta Omissão de Saídas.

Pugna pelo Provimento do presente Recurso para reformar e revisar o que foi decidido do item 2.

Quanto à infração 3, transcreve parte do voto que decidiu pelo acatamento da revisão feita pelo autuante, reduzindo o valor original de R\$19.242.247,61 para R\$19.013,99 e contesta aquele valor por não saber se chegou ao mesmo.

Argumenta que na sua defesa demonstrou e provou a existência de uma diferença de ICMS não recolhido no valor de R\$1.794,22, correspondente às antecipações parciais dos meses de janeiro e dezembro de 2006 – R\$230,15 e R\$1.564,07 e rebateu todas as alegações do autuante.

Pugna pela nulidade da Decisão nos termos do art. 18, III do RPAF, ou que seja considerada a infração procedente em parte como impugnado, com valor devido de R\$1.794,22, tudo conforme provas anexadas aos autos ou, que seja submetida a novo julgamento, com reexame das provas, reabrindo-se o prazo para apresentar as suas razões.

No tocante à infração 5, transcreveu o teor do voto do relator:

O 5º lançamento tem por motivo a falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo do estabelecimento. Embora o autuado alegue que se a autoridade fiscal tivesse levantado apenas as quantias devidas só restariam débitos nos meses de maio, junho e julho de 2005. Nos valores de R\$628,73, R\$1.706,77 e R\$69,47, respectivamente, sobejando um saldo credor em dezembro de 2006 no valor de R\$ 19.016,98, passível de utilização posterior, não apresentou provas que desse sustentação ao tal entendimento. Mantenho o lançamento.

Em seguida transcreveu o demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização e contrapõe demonstrativo próprio, tomando como base a relação das entradas oriundas de fora do Estado sujeitas à diferença de alíquotas do ICMS (fls. 1523/1524) e valores lançados no livro RAICMS, o que resulta em valor devido de R\$14.440,73, que reconhece, conforme planilha de débito à fl. 1510.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado (fls. 1540/1541), manifesta que o demonstrativo às fls. 1439/1440 explica a origem do valor (R\$19.013,18) decidido pela JJF, cujo documento à fl. 1441 comprova ter sido entregue ao contribuinte.

Com relação às infrações 2 e 5, entende que devem ser analisados as alegações do recorrente com relação aos estoques do produto Caninha Duelo (estoque final de 2630 cx e entrada de 3903 cx pela NF 8596), bem como se estão corretos os cálculos apresentados pelo recorrente relativo à infração 5. Sugere a realização de diligência pela ASTEC.

Esta CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 1544/1545), para que fosse providenciado:

Infração 2: refazer demonstrativo considerando estoque registrado no livro Registro de Inventário e agrupar as quantidades dos produtos códigos 230003 e 89 se forem o mesmo produto.

Infração 3: contemplar a redução de base de cálculo de 30% relativo a aquisições de bebidas alcoólicas que se enquadrem na previsão do art. 87, XXVI do RICMS/97.

Infração 5: fazer a exclusão de produtos gráficos (livros) e enquadrados no regime de substituição tributária, da apuração do ICMS da diferença de alíquota (pneus e câmaras).

Face ao afastamento do autuante, fiscal estranho ao feito prestou nova informação fiscal (fls. 1566 a 1569), dizendo que após realizar as verificações de acordo com o solicitado, constatou que:

Infração 2: Que os produtos com os códigos 230003 e 89 são os mesmos produtos; considerou o estoque final de 2630 cx que não foi considerado pelo autuante (fl. 641); computou entradas de 3500 cx pela NF 8596 (fl. 1522); corrigiu o estoque final de 3.064,20 cx para a quantidade de 3.049 cx como indicado no livro Registro de Inventário à fl. 723.

Diz que após fazer o agrupamento dos produtos (códigos 230003 e 89) resultou em omissão de saída de 224,54 cx de Caninha Duelo, reduzindo o débito de R\$15.324,41 para R\$1.882,70 (fl. 1551).

Infração 3: Refez o demonstrativo à fl. 1552, contemplando a redução da base de cálculo em 30% e excluiu “várias notas que eram indevidas”, conforme demonstrativo à fl. 1553, o que resultou em redução do débito para R\$1.794,21 (fl. 1553) que corresponde ao valor reconhecido.

Infração 5: Refez os demonstrativos às fls. 185/187; 210/211; 331/333 e 366/368 (2005 e 2006), acrescentando duas colunas com indicação da fl. e nota fiscal e mais uma coluna indicativa do motivo da exclusão (fl. 1561), conforme resumo à fl. 1557 (fls. 1554 a 1559).

Com os ajustes remanesce débito de R\$13.526,16. Destaca que o recorrente reconheceu como devido o valor de R\$14.440,73 cuja diferença refere-se a valores apurados a maior que foram compensados no conta corrente, conforme demonstrativo resumo à fl. 1568.

Conclui que após as verificações, o valor total do débito fica reduzido para R\$17.203,08 conforme demonstrativo à fl. 1568.

Cientificado do resultado de diligência (fl. 1573), o sujeito passivo não se manifestou.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 1576/1577, comenta o teor da diligência e opina pelo Conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário, com o acatamento do resultado da diligência.

VOTO

O recorrente suscitou a nulidade da Decisão da Primeira Instância, em relação à infração 3, ou que a mesma fosse julgada procedente em parte, de acordo com as provas anexadas aos autos. Verifico que com relação aos documentos que foram juntados com a defesa, esta 1ª CJF determinou a realização da diligência, a qual resultou na análise das provas juntadas aos autos, o que será objeto de apreciação das razões de mérito no julgamento desta infração. Por isso, em se tratando de prova material, rejeito a nulidade suscitada, cujas razões serão apreciadas no mérito.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício no que se refere à desoneração total das infrações 1 e 4 (improcedentes), parte das infrações 2 e 3 e nulidade das infrações 6 e 7.

Com relação à infração 1, a empresa juntou cópia do DAE à fl. 815 comprovando ter recolhido em 24/07/08 o valor do principal exigido de R\$426,66 vencido em 09/04/06 com os devidos acréscimos legais. Como a intimação inicial para entrega de livros e documentos fiscais não indica data (fl. 18) e as seguintes (fls. 20/21) indicam data de 29/07/08, conclui-se que o valor exigido foi recolhido antes do início da ação fiscal. Mantida a Decisão pela improcedência.

Quanto à infração 2 (omissão de saída/levantamento quantitativo) de estoques, diante das provas juntadas com a defesa, o autuante refez os demonstrativos originais (fls. 1448 a 1459), reduzindo o valor exigido de R\$15.324,41 para R\$15.181,37, o que foi acatado na Decisão recorrida. Fica mantida.

Relativamente à infração 3 (falta de recolhimento de ICMS antecipação), na defesa apresentada o contribuinte juntou documentos para tentar comprovar que o levantamento fiscal contemplava:

- a) Mercadorias (caninha, vinhos de uva, conhaque e aguardente), até 30.09.05;
- b) No período de janeiro a setembro/05, a fiscalização não considerou a redução da base de cálculo de 30% de bebidas alcoólicas (art. 87, XXVI do RICMS/BA);
- c) Os valores relativos aos meses de outubro a dezembro/05 foi objeto de Denúncia Espontânea, restando apenas às parcelas de janeiro e dezembro de 2006.

Na informação fiscal, o autuante reconheceu os equívocos, refez os demonstrativos, o que reduziu o débito de R\$242.427,61 para R\$19.013,99 (fls. 1439 e 1440), o que foi acatado na Decisão proferida da primeira instância pela Procedência em Parte. Decisão que fica mantida.

No tocante à infração 4 (multa de 10% - não escrituração de entradas), na defesa apresentada o sujeito passivo juntou cópia dos AIs 206921.0029/08-9 e 206582/2008-1, para tentar comprovar que os valores exigidos, já tinham sido reclamados naqueles lançamentos, o que foi acatado pela fiscalização (fls. 801/802) e também na Decisão proferida pela JJF. Fica mantida a Decisão pela improcedência desta infração.

Quanto à infração 6 (utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação), conforme apreciado na Decisão ora recorrida, o contribuinte alegou que:

- a) a diferença apurada decorreu da apuração do coeficiente de apropriação de crédito equivocado, ao considerar “remessas de vasilhames, remessa para consertos e outras saídas não especificadas” como operações isentas ou não tributadas;
- b) ter considerado operações com brindes, doações, remessa em comodato, remessa de vasilhames como bens do ativo imobilizado;
- c) juntou demonstrativo (fls. 1294/1403) para tentar comprovar o aproveitamento proporcional dos créditos de bens do ativo imobilizado, cópias do CIAP, com registros das aquisições (2001/2006).

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, a fiscalização na primeira informação fiscal (fls. 1421/1422) não contestou os argumentos e provas juntados com a defesa.

Em atendimento a diligência (fl. 1433), solicitado a pronunciar sobre as alegações e documentos juntados com a defesa, limitou-se a dizer que “*O autuado em suas alegações não faz qualquer comentário com relação aos demonstrativos constantes das fls. nºs 84 e 84, que é o fundamento da presente infração*”.

Pelo exposto, dado o nível de inconsistências apontadas pelo contribuinte em sede de defesa, não merece reforma a Decisão pela nulidade da infração 6, com fundamento de que inexistem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA).

No que tange à infração 7, que acusa crédito fiscal indevido, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, verifico que conforme apreciado na Decisão ora recorrida:

- a) Na defesa (fl. 808) a empresa alegou que o autuante apurou débito de ICMS antecipação parcial de R\$42.112,50 e indicou recolhimento de R\$32.371,10 tendo exigido a diferença de R\$9.741,40. Juntou relação de DAEs (Anexos 587/599) e afirmou que recolheu no período valor de R\$45.904,44 que é superior ao que foi creditado em R\$3.791,94.
- b) Na primeira informação fiscal (fl. 1421/1422) o autuante não contestou as alegações defensivas.
- c) Em atendimento a diligência determinado pela JJF para que se pronunciasse sobre as alegações defensivas e documentos (fl. 1434), o autuante informou (fl. 1438) que a empresa pagou ICMS antecipação parcial (outubro/05 a outubro/06) e se creditou do montante pago de uma só vez no mês de dezembro/06, conforme demonstrativo à fl. 110. (Pago R\$32.371,10 – creditado R\$42.115,10).

Pelo exposto, conforme apreciado na Decisão recorrida de ofício, a acusação é de que utilizou crédito fiscal sem que a mercadoria tivesse entrado no estabelecimento, que se coaduna com a tipificação da multa de 150% prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a realidade fática é outra, ou seja, apropriou-se de crédito de ICMS antecipação parcial em valor superior ao que foi recolhido.

Assim sendo, considero correta a Decisão da primeira instância ao declarar a nulidade da infração 7, fundamentando que inexistem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto, relativo às infrações 2, 3 e 5, verifico que:

Infração 2. A JJF acatou a reformulação do levantamento quantitativo de estoques (fls. 1448 a 1459), feita pelo autuante que reduziu o débito de R\$15.324,41 para R\$15.181,37.

No Recurso interposto a empresa alegou que foi apurado omissão de saída do produto Caninha Duelo CX 12X500 ML, com código 0089 e omissão de entrada do mesmo produto com o código 230003.

Em atendimento a diligência determinada pela 1^a CJF, o diligente afirmou que se trata do mesmo produto conforme demonstrativo à fl. 1548 e fez a juntada dos produtos (fl. 1549) o que resultou em omissão de saída de 224,54 caixas.

Dessa forma acato o demonstrativo consolidado elaborado pelo diligente que apurou omissão de saída total de todos os produtos (fl. 1551), que resultou em base de cálculo de R\$7.530,81 (fl. 1550), reduzindo o valor original desta infração de R\$15.324,41 para R\$1.882,70.

Infração 3. Conforme apreciado no Recurso de ofício, o sujeito passivo juntou com a defesa, documentos para tentar comprovar que na apuração do ICMS antecipação parcial tinha sido incluído indevidamente (i) produtos enquadrados no regime de ST; (ii) não considerou a redução da base de cálculo de 30% de bebidas alcoólicas (art. 87, XXVI do RICMS/BA) e (iii) valores que foram objeto de Denúncia Espontânea (outubro a dezembro/05).

O autuante reconheceu os equívocos, refez os demonstrativos, reduzindo o valor exigido de R\$242.427,61 para R\$ 19.013,99 (fls. 1439 e 1440), o que foi acatado na Decisão proferida.

No Recurso interposto, a empresa argumentou que a JJF acatou os demonstrativos refeitos pelo autuante (fls. 1439/1440) que reduziu o valor para R\$19.013,99, mas que, não foi contemplada a redução da base de cálculo de 30% nas aquisições de bebidas alcoólicas, conforme fls. 925/926.

Em atendimento a diligência, o fiscal estranho ao feito confirmou não ter sido contemplado a redução da base de cálculo e apresentou demonstrativo refeito à fl. 1553, o que resultou em valor

remanescente devido de R\$1.794,22, que fica acolhido. Reformado a Decisão pela Procedência Parcial da infração 3.

Com relação à infração 5 (diferença de alíquota), no Recurso interposto afirma que o autuante reformulou o demonstrativo original o que resultou na redução do valor exigido de R\$31.927,85 para R\$19.016,98 (fls. 1523/1524) o que foi acolhido na Decisão proferida pela JJF.

Conforme demonstrativo comparativo juntado à fl. 1510 reconhece como devido R\$14.440,73.

Em atendimento a diligência determinada por esta 1^a CJF, o fiscal estranho ao feito refez o último demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 1523/1524) e fez a exclusão de produtos gráficos (livros) e enquadrados no regime de ST (pneus e câmaras), que não geram obrigatoriedade de pagar diferença de alíquota o que resultou no valor remanescente devido de R\$13.526,16 (fl. 1568).

Constato que no demonstrativo refeito, do total apurado o diligente fez compensação dos valores de R\$716,37; R\$308,24 e R\$90,68 (fl. 1588) nos meses que a empresa recolheu a mais.

Ressalto que este procedimento não pode ser feito dentro do processo, mas pode ser objeto de pedido de restituição de indébito nos termos dos artigos 73 e 74 do RPAF/BA.

Pelo exposto, reproduzo o demonstrativo do diligente à fl. 1568 e considero devido R\$14.641,65.

DATA OCORR.	DATA VENCTO	BASE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA	VALOR DEVIDO
31/05/05	09/06/05	149.462,00	59.784,80	60%	626,11
30/06/05	09/07/05	127.670,33	51.068,13	60%	172,79
31/07/05	09/08/05	123.438,78	49.375,51	60%	0,00
31/10/05	09/11/05	125.656,63	50.262,65	60%	2.444,43
31/01/06	09/02/06	121.197,06	48.478,82	60%	0,00
30/04/06	09/05/06	117.935,62	47.174,25	60%	4.070,00
31/07/06	09/08/06	171.705,25	68.682,10	60%	0,00
31/10/06	09/11/06	168.409,51	67.363,80	60%	7.328,32
TOTAL					14.641,65

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e PROVIMENTO EM PARTE do Recurso Voluntário, com modificação dos valores apenas quanto às infrações 2, 3 e 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 157064.0301/08-6, lavrado contra RIOBEL RIO JOANES DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$18.318,57, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.435,87 e 70% sobre R\$1.882,70, 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, 10 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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