

PROCESSO	- A. I. Nº 130610.0204/11-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- LIBRA TÊXTIL INDÚSTRIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0066-05/13
ORIGEM	- INFAC INDÚSTRIA
INTERNET	- 28.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0347-12/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados comprovam a ocorrência das operações. Mantida, em parte, a exigência fiscal, considerando-se as alíquotas indicadas nos documentos fiscais. Não comprovado que o contribuinte era optante da apuração do imposto em função da receita bruta. Modificada a Decisão recorrida. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIRO. FALTA DE RETORNO DAS MERCADORIAS AO ESTABELECIMENTO DO REMETENTE. Acusação elidida. Modificada a Decisão recorrida. Infração improcedente. 3. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não acolhida a nulidade atribuída pela Junta de Julgamento em relação ao exercício de 2006. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Mantida a nulidade em relação ao exercício de 2007. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Acusação insubstancial. Mantida a Decisão recorrida quanto a este item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 30/06/2011 para reclamar crédito tributário no montante de R\$221.729,67, em razão das seguintes acusações:

1. *Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$1.578,27, com multa de 70% sobre o valor da obrigação principal.*
2. *Falta de recolhimento do imposto relativo à remessa de bens para industrialização sem o devido retorno, no valor de R\$55.033,36, acrescido de multa de 60%.*
3. *Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no, no valor de R\$141.893,59 com multa de 70%.*
4. *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre a base de cálculo tributável, no valor de R\$22.148,39.*
5. *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, multa de 1%, no valor de R\$1.076,06.*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

O Auto de Infração foi pautado para julgamento na data de 08/11/2011, quando a 4ª JJF decidiu por converter o processo em diligência, na tentativa de sanear questões relativas a três Infrações. Após 03 diligências, e decorrido o prazo de 18 meses após o primeiro pedido feito pela 4ª JJF, o processo foi pautado para julgamento, com atendimento da diligência apenas da Infração 1, feita por fiscal estranho ao feito e assim, passo ao julgamento do processo.

Na Infração 1 foi lançado ICMS no valor de R\$1.578,00 devido à falta de escrituração de notas fiscais de saída de mercadorias tributadas à alíquota de 17%. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente e é devido o imposto. O impugnante admite a infração, devido a erro involuntário de escrituração, porém questiona a alíquota aplicada, pois sua empresa está no regime tributário previsto no Art. 505 do RICMS/BA e, portanto fazendo jus à alíquota de 4%, de acordo com o inciso IV, “c” do supracitado artigo. O autuante entende que tal alíquota é um favor fiscal restrito às operações escrituradas regularmente não cabendo em caso de infração à legislação.

A jurisprudência do Conselho de Fazenda Estadual, em inúmeras decisões, aponta no sentido de só aplicar a alíquota do regime normal de tributação, em caso de desenquadramento do contribuinte, feito mediante regular processo e só é possível cobrar retroativamente à data de desenquadramento pela alíquota normal, se isto for expressamente autorizado pela autoridade competente no ato de desenquadramento. Tal punição só ocorre, mediante comprovação de fraude. No caso presente, não existe autorização legal, para se aplicar a alíquota normal, e nem mesmo ficou comprovada qualquer fraude na documentação fiscal e contábil, apenas a existência de erros e inconsistências dos lançamentos.

Assim, ficou patente que o imposto exigido por descumprimento à legislação, deverá ser feito aplicando-se os critérios da apuração do regime de receita bruta, com alíquota de 4%, visto que o contribuinte sequer foi excluído desse regime de apuração. Assim, passa a ter os seguintes valores encontrados na diligência efetuada:

31/03/2006 – R\$114,05
30/05/2006 – R\$ 46,81
30/10/2006 – <u>R\$210,50</u>
TOTAL R\$371,36

A Infração 1 fica então, corrigida para o valor total de R\$371,36. Infração elidida parcialmente.

A Infração 2 foi decorrente da remessa para industrialização sem o devido retorno no tempo previsto pela legislação. Constatou-se ao contrário do que afirma o autuante em sua informação fiscal, que o impugnante apresentou diversas notas fiscais de remessa e retorno, a exemplo da Nota Fiscal nº 6768 (fl. 72) de 24/10/06 e da nota fiscal de retorno da fl. 73 (Nota Fiscal nº 38588) de 26/10/06, cujo campo “dados adicionais” apresenta referência à nota fiscal de remessa (Nota Fiscal nº 6768) e comprovadamente há outras notas fiscais de remessa e retorno (por exemplo, às fls. 96, 99, 101, 111).

O impugnante em sua defesa, diz que as mercadorias enviadas para industrialização nem sempre retornam em uma única nota fiscal na mesma quantidade em que são enviadas; assim, foi solicitada diligência, com o intuito de apurar com precisão, se há mesmo saldo de remessas efetuadas sem o devido retorno. Após 03 diligências, não foi possível determinar se há saldo de imposto remanescente a cobrar, pairando total insegurança sobre o lançamento, razão pela qual julgo nula a presente infração, recomendando à INFRAZ de origem o refazimento do procedimento. Infração 2 nula.

Na Infração 3, conforme foi pormenorizado no relatório, o impugnante afirma ter havido erros de escrituração que motivaram parte das diferenças encontradas pelo autuante, pedindo pela procedência parcial da infração, levando em conta a comprovação dos erros apontados. Feita a análise dos elementos trazidos ao processo, constata-se que no exercício de 2006 o impugnante aponta erros de duplicidade de créditos e débitos que alteram para maior o saldo da conta FORNECEDORES em R\$20.450,33 e apresenta cópias das páginas correspondentes do razão em que aparecem as duplicidades de lançamentos (fls. 184/195). Em relação às notas fiscais de aquisição em que foram contabilizadas como sendo pagamentos à prazo, mas que em verdade foram à vista, pede a exclusão do valor total de R\$23.567,74 do passivo fictício.

O processo foi convertido em diligência por 03 vezes, para certificação da verdade material, sem êxito. Além disso, os demonstrativos feitos pelo autuante, de fls. 08/09 contem poucas linhas, com lançamentos sintéticos com base em cópias do balanço às fls. 13/20. Não há certeza sobre manutenção de obrigações já pagas no passivo. O autuante diz haver comprovação dos valores de R\$511.344,50 diante de um passivo de R\$713.328,38, com aplicação da alíquota de 17% (a empresa tem regime de tributação com alíquota de 4%).

No exercício de 2007, o autuante não considera o saldo anterior que foi encontrado e aponta diferença de R\$632.684,27 no passivo (não comprovado) e aplica novamente 17% para tributar em R\$107.556,33, implicando em nova tributação sobre o saldo do ano anterior, o que configura outro erro do levantamento contábil, pois da forma como foi apurado o cálculo, cobrou-se se no exercício seguinte, de 2007, o valor lançado no exercício anterior, penalizando duplamente o contribuinte.

Assim, ficou comprovado que o lançamento da Infração 3 está eivado de vícios, e que após 03 diligências não logrou-se êxito em apurar a verdade material. Embora o impugnante admita parcialmente a infração, não há qualquer grau de certeza sobre o quantum lançado pelo autuante, tampouco pelo impugnante, razão pela qual julgo nula a infração, ao tempo que recomendo à INFAZ de origem, o refazimento do procedimento.

Nas Infrações 4 e 5, foi lançada multa de 10% sobre as notas fiscais de entrada tributáveis e 1% sobre as não tributáveis. O impugnante defende-se que por conta do regime de apuração e da previsão legal do Art. 505:

XVIII - os contribuintes industriais de que cuida este artigo que optarem pelo regime de apuração em função da receita bruta estão sujeitos, apenas, à escrituração dos livros Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;

Há de se acrescentar aqui, que o autuante trouxe ao processo as notas fiscais, mas não fez um demonstrativo de débito pormenorizado com as notas fiscais e os valores destas e das multas lançadas, nem intimação para apresentação das notas fiscais. A tipificação destas duas infrações - “deu entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal” é incompatível com o Art. 505, XVIII do RICMS, pois sendo optante do Regime de Receita Bruta, está desobrigado de fazer registro das entradas e embora o inciso XIX do mesmo artigo obrigue o contribuinte a guardar as notas fiscais de entradas.

Neste caso, se fosse feita à intimação para apresentação das notas fiscais, que também não consta no processo, poderia o contribuinte ser autuado formalmente por descumprimento de obrigação acessória ao não entregar as notas fiscais, mas jamais por falta de registro, uma vez que está desobrigada a registrar.

Constatou também que o autuante não fez intimação formal para apresentação das notas fiscais, uma vez que o contribuinte está obrigado a apresentar as notas fiscais que detenha em seu poder. Dessa forma, por não se atender à formalidade da intimação para apresentação das notas fiscais e por erro de tipo no lançamento tributário, concomitante com a descrição equivocada de “falta de registro na escrituração” considero que há erro insanável neste processo lançamentos, razão pela qual as considero improcedentes. Infrações 4 e 5 improcedentes. Recomenda-se o refazimento utilizando-se outros roteiros de auditoria ou aplicação da multa pertinente. Assim, o débito do Auto de Infração fica configurado da seguinte forma:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	1.578,27	371,36	70%
02	NULA	55.033,36	0,00	-----
03	NULA	141.893,59	0,00	-----
04	IMPROCEDENTE	22.148,39	0,00	-----
05	IMPROCEDENTE	1.076,06	0,00	-----
TOTAL		221.729,67	371,36	

Tendo em vista a Decisão supra, a 5^a JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Da análise dos elementos que instruem o presente PAF chego a conclusão a qual passo a expor. No que toca a primeira infração, que diz respeito a exigência de imposto decorrente de notas fiscais de vendas de mercadorias efetuadas pelo recorrido, porém não escrituradas nos livros fiscais, docs. fls. 21 a 25, vejo que se referem a documentos emitidos com destaque de imposto com tributação integral (alíquotas de 17% e 12%), cujos créditos destacados nos referidos documentos foram repassados aos respectivos destinatários.

De acordo com a Ordem de Serviço, fl. 7, informações extraídas do INC, fls. 316 e 317, e dados cadastrais fl. 328, o contribuinte operava sob o regime normal de apuração do imposto, utilizando o método da conta corrente fiscal. Portanto, diferentemente do entendimento da Junta de Julgamento, não há nos autos qualquer indicação ou prova de que à época da apuração dos fatos mencionados na infração 1, o recorrido apurava o imposto em função da receita bruta. Ao contrário, as provas acima citadas, indicam situação diversa. Nesta condição, considero que a Junta de Julgamento laborou em equívoco ao reduzir o valor do imposto lançado, ao considerar a exigência com base na aplicação da alíquota de 4%.

Isto posto, os valores originais lançados em relação a infração 1 devem ser restabelecidos integralmente para as ocorrências com vencimento em 09/04/2006 e 09/06/2006, nos valores

respectivos de R\$484,70 e R\$198,93, enquanto que em relação a data de vencimento em 09/11/2006 o valor efetivamente devido é de R\$793,84 visto que a operação consignada na nota fiscal 6956, fl. 25, foi tributada à alíquota de 12% por se tratar de saída interestadual destinada à contribuinte.

Em conclusão, modifico a Decisão recorrida em relação a infração 1, para que a exigência recaia para o valor de R\$1.477,47 na forma acima indicada.

Quanto a infração 2, trata de remessas para industrialização sem existência do devido retorno ao estabelecimento do remetente. O autuante indicou à fl. 9 um total de 9 (nove) notas fiscais relacionadas a esta infração, enquanto que o recorrido elaborou o demonstrativo de fls. 69 e 70, apontando cada nota de remessa e as dos respectivos retornos, efetuando, inclusive, a juntada dos documentos fiscais comprobatórios. Tais fatos não foram contestados na informação fiscal e nem nas diligências realizadas, sendo que, ao meu ver, o recorrido comprovou os retornos parcelados das mercadorias, no prazo legal, conforme docs. de fls. 71 e seguintes.

Nesta condição, afasto a nulidade da infração determinada pela Junta de Julgamento, modificando a Decisão recorrida para julgar Improcedente a infração 2.

A infração 3, trata de presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através da manutenção no Passivo de obrigações já pagas porém não contabilizadas, nos exercícios de 2006 e 2007, com exigência de imposto nos valores de R\$34.337,26 e R\$107.556,33, respectivamente, totalizando a infração 3 o valor de R\$141.893,59.

A 5ª JJF decidiu pela nulidade desta infração ao argumento de que *"ficou comprovado que o lançamento da Infração 3 está eivado de vícios, e que após 03 diligências não logrou-se êxito em apurar a verdade material. Embora o impugnante admita parcialmente a infração, não há qualquer grau de certeza sobre o quantum lançado pelo autuante, tampouco pelo impugnante, razão pela qual julgo nula a infração, ao tempo que recomendo à INFATZ de origem, o refazimento do procedimento"*.

Analizando os documentos constantes nos autos, entendo que, em parte, a Decisão da Junta de Julgamento merece ser reformada.

Isto porque, em relação ao exercício de 2006, a partir do saldo apresentado no Balanço Patrimonial, fls. 18 e 19, o autuante constatou o saldo existente nas contas Fornecedores e Instituições Financeiras no montante de R\$713.328,38, assim como apurou a comprovação de pagamentos em 2007 na ordem de R\$511.344,50, remanescendo o passivo sem comprovação na ordem de R\$201.983,88, base de cálculo considerada para lançamento do imposto.

Na defesa, o recorrido contestou apenas o saldo tido como sem comprovação, apontando a ocorrência de lançamentos em duplicidade às fls. 294 e 295 do livro Razão, fls. 184 e 185, conta Fornecedores, no total de 20.450,33, os quais acolho pois se encontram claramente identificados, além do valor de R\$23.567,74 que seria de compras à vista e que teriam sido lançadas como sendo à prazo. Neste caso não há qualquer identificação dos documentos fiscais que dariam suporte a este lançamento, o que nos leva a não acolher o argumento do recorrido neste particular.

Em relação a conta Instituições Financeiras, cujo saldo em 31/12/2006 era no montante de R\$95.568,31, o recorrido apresenta extratos bancários, contratos de financiamentos e valores ainda a vencer, os quais não foram impugnados pelo autuante, reconhecendo como existente apenas o passivo na ordem de R\$8.121,71, com o qual concordo.

Isto posto, entendo que, do total de R\$201.983,88 tido como sem comprovação pelo Fisco, o recorrido elide, através dos documentos carreados aos autos, as parcelas de R\$20.450,33 da conta Fornecedores e R\$87.446,60 da conta Instituições Financeiras (fls. 59 a 61), remanescendo o valor sem comprovação em relação ao exercício de 2006 na ordem de R\$94.086,95 com ICMS a recolher de R\$15.994,78. Nesta condição, por não vislumbrar qualquer grau de incerteza no lançamento em relação ao exercício de 2006, dou provimento ao Recurso de Ofício para afastar a nulidade declarada pela Junta de Julgamento e julgar Parcialmente Procedente a infração 3 (exercício de

2006) no valor aqui indicado (R\$15.994,78).

Quanto ao exercício de 2007, de fato, o lançamento não apresenta a necessária segurança para sua manutenção. Observe-se que a apuração se inicia com o erro de não excluir o valor do passivo inexistente remanescente do exercício anterior, além do fato de que o recorrido aponta uma série de valores que entende que devem ser considerados a título de exclusão, sendo que, apesar da realização de três diligências, não foram esclarecidos. Portanto, em relação ao exercício de 2007, mantenho a Decisão de Junta de Julgamento.

Finalmente, em relação as infrações 4 e 5 que se relacionam a penalidades por falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais de aquisições de mercadorias, obtidas através do CFAMT, a Junta de Julgamento decidiu pela improcedência de ambas ao argumento de que o contribuinte estava desobrigado de escriturar o livro Registro de Entradas, de acordo com o inciso XVIII, Art. 505 do RICMS/97. Neste ponto divirjo do entendimento da Junta de Julgamento, pois não vislumbro nos autos nada que comprove que o contribuinte era, de fato, optante pela regime de apuração em função da receita bruta.

Por outro lado, não vejo como sustentar as acusações, na medida em que a autuação se baseou apenas em uma simples relação, fls. 8 e 9, elaborada pelo autuante, sem a devida comprovação documental.

Em conclusão, voto pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício, para reformar a Decisão recorrida, restabelecendo a exigência do imposto para a infração 1 no valor de R\$1.477,47 e na infração 3, exercício de 2006, no valor de R\$15.994,78, perfazendo o débito a ser exigido na quantia de R\$17.472,25.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130610.0204/11-6, lavrado contra **LIBRA TÉXTIL INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.472,25**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. A repartição fiscal de origem deverá analisar se há elementos que possibilitem a renovação do procedimento fiscal do item julgado nulo, observado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2013

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ALINE SOLANO SOUSA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS