

A. I. Nº - 293873.3009/11-0
AUTUADO - REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/09/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DA ENTRADA DE MERCADORIAS OU DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE. DUPLICIDADE DE REGISTRO. Acolhido o pedido de nulidade da infração por falta de concisão na descrição, pela ausência de provas irrefutáveis da utilização do crédito em duplicidade, ou indicação clara de quais foram os créditos decorrente das mercadorias que não adentraram o estabelecimento, vez que sequer existe a comprovação do lançamento a crédito na escrita fiscal ou vinculação entre o crédito lançado e a ausência documental que deveria lhe servir de lastro, pois não há intimação para apresentação do competente documento probatório, implicando em cerceamento de defesa, e, por conseguinte na necessária segurança jurídica da imputação. Infração 1 nula. **b) ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.** É certo que não houve infração quanto à obrigação principal, pois restou comprovada a existência de saldo credor antes e depois da ação fiscal, quando foi efetuada a correção dos registros, e assim, converto o lançamento em multa por descumprimento da obrigação acessória nos termos do art. 42, VII da lei nº 7.014/96. Infração 3 procedente em parte. **c) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. DUPLICIDADE DE REGISTROS.** Foi comprovado na execução da diligência que no mês do lançamento não haveria saldo devedor do ICMS, ainda que fosse retirada a duplicidade do crédito fiscal, e assim converto a infração em multa nos termos do art. 42, VII, a da lei nº 7.014/96 por descumprimento de obrigação acessória. Infração 5 procedente em parte. **2. LIVROS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** A autuante acatou a defesa, justificada pelo fato das notas fiscais que foram objeto da autuação (nºs 1.605 e 1.604), tiveram seus valores somados à Nota Fiscal nº 1.606 em uma única linha de registro, cujo lançamento se deu de forma sintética. Infração 2 improcedente. **b) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** A Nota Fiscal nº 050, fl. 35, que trata de transferência de crédito do autuado, não foi lançada a débito no livro de saída, e a reconstituição da conta-corrente de ICMS no mês de novembro de 2009, à fl. 462 aponta saldo devedor de R\$7.000,00, em 30/11/2010. Infração 4 procedente em parte. **3. LEVANTAMENTO**

QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A infração é reconhecida pelo autuado, que contesta apenas a multa lançada de 100% arguindo que é de 70% nos termos do art. 42, III da lei nº 7.014/96. Equivoca-se o impugnante, pois a redação atual do inciso III do *caput* do art. 42 e vigente à época do fato gerador foi dada pela lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, revogando a multa anterior de 70%. Infração 6 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2011, e lançado o imposto no valor total de R\$75.984,94, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS por não haver entrada da mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Utilizou o crédito em duplicidade ao escriturar o registro de entradas, sendo lançado o valor de R\$1.750,53, referente aos meses de janeiro, junho a agosto, e dezembro de 2009, e de fevereiro a abril de 2010, acrescido da multa de 150%.
2. Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios sendo lançado o valor de R\$1.219,54, referente ao mês de outubro de 2009, acrescido da multa de 70%.
3. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto. A indústria efetuou a transferência de saldo devedor, lançou, no campo outros créditos, e a filial que recebeu a referida transferência de débito não efetuou o recolhimento do imposto, sendo lançado ICMS no valor de R\$15.555,22, referente ao mês de janeiro de 2010, acrescido da multa de 60%.
4. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Deixou de se debitar na transferência do saldo credor do ICMS e transferiu para outra filial, sendo lançado o valor de R\$24.723,68, referente aos meses de maio e novembro de 2010, acrescido de multa de 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, sendo lançado ICMS no valor de R\$18.908,90, referente ao mês de novembro de 2009, acrescido de multa de 60%.
6. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado ICMS no valor de R\$13.827,07, referente ao mês de dezembro de 2010 e acrescido de multa de 100%.

O autuado apresenta defesa às fls. 173, argumentando que não merece prosperar o presente Auto de Infração pelas razões adiante expostas, e para demonstrar a boa-fé do autuado, como também, para preservar as boas relações entre o fisco e o contribuinte, declara reconhecer parte das infrações 1, 4 e 6 como devidas, ao tempo em que solicita a emissão de DAE para proceder ao pagamento imputado dos valores reconhecidos.

Argui inicialmente o cerceamento de defesa pelo fato das infrações não estarem com descrições suficientemente claras, e questiona qual a natureza das infrações cometidas. Alega que há

incerteza no levantamento realizado e nas acusações perpetradas, e que se o fisco não definiu claramente a irregularidade fiscal em decorrência de imprecisão na descrição dos fatos imputáveis, falta coerência na sua determinação e cita exemplos como na primeira infração: *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Utilizou crédito em duplicidade ao escriturar no registro de entradas”*.

Esclarece que a empresa possui três estabelecimentos inscritos no cadastro estadual (IE 59.784.610, IE 74.765.087 e IE 69.145.856) que geram créditos e débitos nas suas diversas operações, entretanto na hipótese de operações de transferências de mercadorias entre os referidos estabelecimentos, não há qualquer prejuízo relativo ao ICMS para com o Estado.

Invoca o princípio da verdade material e cita diversos doutrinadores e decisões administrativas a respeito do tema e pede as diligências necessárias para esclarecimentos dos fatos ditos como irregulares pela administração.

Na infração 1, diz que a autuante não observou que os CTCRC que resultaram nos créditos fiscais inválidos, que estão acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, a exemplo do CTCRC nºs 9107, 9105, 9732, 10224, 10430 e 10634 no valor total de R\$141,08 e pede redução do débito apurado, considerando os documentos que não foram considerados pela fiscalização.

Que quanto à infração 2, as Notas Fiscais de nºs 1064 e 1605, lançadas no livro de Saídas de Mercadorias nº 03 (fl. 23), foram registradas em uma única linha de lançamento, juntamente com a Nota Fiscal nº 1606.

Quanto à infração 3, afirma que houve necessidade de refazimento de toda escrituração fiscal e contábil, bem como o arquivo SINTEGRA. Por conseguinte, constatou-se que algumas notas fiscais não foram lançadas a título de transferências de mercadorias, com a execução do débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos.

Que, entretanto, tal procedimento não causou qualquer prejuízo ao erário público, pois todos os lançamentos foram refeitos e retificados, demonstrando que a empresa recebedora do débito possuía saldo credor maior que o débito recebido, e para comprovar, acosta ao presente PAF a cópia do livro RAICMS 04, fls. 02 e 03, e a Nota Fiscal nº 809.

Atesta quanto à infração 4, ocorrência em 05/10, que houve necessidade de refazimento de toda escrituração fiscal e contábil da empresa, bem como dos arquivos do SINTEGRA, e por conseguinte, constatou-se que algumas notas fiscais não foram lançadas a título de transferência de mercadorias com o lançamento débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, e que tal procedimento não causou nenhum prejuízo ao erário.

Alega que todos os lançamentos foram refeitos e retificados, demonstrando que a empresa recebedora do débito possuía saldo credor maior que o débito recebido; que no caso em apreço, a Nota Fiscal nº 1964, no valor de R\$17.723,86, estava lançada no livro de Saídas 04, folha 26, com CFOP 5.602, e também no RAICMS no mesmo CFOP.

Acredita que a fiscalização só verificou lançamentos em outros débitos/créditos e que existia outra nota fiscal de transferência, de nº 1963 no valor de R\$20.338,39, totalizando R\$38.062,07, correspondente ao valor total do CFOP no livro de Apuração, e que para comprovar, acosta ao presente PAF, cópia do livro de Saída de Mercadorias nº 04, folha 26, e cópia do RAICMS nº 04 folhas 14 e 15.

Quanto à infração 5, diz que da mesma forma com relação às notas fiscais lançadas em duplicidade, houve necessidade de refazimento de toda escrituração fiscal e contábil da empresa bem como dos arquivos do SINTEGRA, e constatou-se que algumas notas não foram lançadas a título de transferência de mercadorias sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos que tal procedimento também não causou nenhum prejuízo ao erário, pois ao excluir os lançamentos, verificou que ainda assim a empresa continuava com saldo credor, conforme folha

do livro de Apuração nº 03, fls. 32 e 33, em anexo, e livro de Entrada nº 06, fls. 42 e 43, sem prejuízo aos cofres públicos.

Afirma também que nas infrações 1 e 6 houve tipificação equivocada da multa, pois nota-se que a autuante equivocou-se e aplicou o percentual de 150% e 100%, a título de multas punitivas sobre o imposto apurado pela Lei nº 7014/96, ao invés do artigo 42, VII, “a”, como também sobre o levantamento quantitativo por estoque de mercadorias, mesmo indicando corretamente o artigo 42, III da Lei nº 7014/96, que fixa a multa de 70% para as omissões apuradas através de roteiro de estoque.

Tais penalidades alegam, que haveriam de ser aplicadas em razão da ocorrência de qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas na lei do ICMS, e cita diversos julgamentos administrativos a respeito do assunto.

Requer ao CONSEF que retifique a multa aplicada para o percentual previsto no artigo 42, III da lei nº 7014/96, indicado pela própria autuante neste Auto de Infração, e retifique, também, a multa aplicada na infração 1, para a tipificação prevista no artigo 42, VII, “a”, da citada lei.

Diante do exposto, em face da vasta fundamentação jurídica e jurisprudencial requer ao Conselho de Fazenda Estadual que sejam julgados procedentes os seguintes pedidos:

- Em preliminar de nulidade, reconhecer a falta de segurança para se determinar as infrações; no mérito, reconhecimento dos equívocos materiais cometidos pela nobre autuante nas infrações 1, 2, 3, 4 e 5.
- Revisão por fiscal estranho ao feito para a busca da verdade material e redução das multas aplicadas nas infrações 1 e 6.
- Redução ou cancelamento das multas confiscatórias.

Por todo o exposto, requer ainda a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova, inclusive testemunhal, além de juntada de documentos *a posteriori*.

A autuante em sua informação fiscal às fls. 261/65 diz que com relação à primeira infração cometida, bem como dos demais questionamentos, foi feita uma planilha discriminando todas as notas fiscais às fls. 10 e 11 do PAF.

Que no conhecimento de transporte, consta frete pago pelo remetente e, no entanto foi feito um redespacho com frete a pagar pela Transportadora Mann e que conforme se observa os documentos comprobatórios da utilização do crédito foram as 3^{as} vias, que não dão direito ao lançamento do crédito de ICMS, fls. 13 a 25 do PAF.

Com relação à multa aplicada, a Lei nº 7.014/96 em seu art. 42, adota a multa de 150% em razão da utilização indevida de crédito fiscal, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento. Pugna pela total procedência da infração 1.

Quanto à infração 2, acata a alegação do autuado, pois conforme fls. 123 do PAF, as transferências totalizam R\$19.215,80 em respeito às Notas Fiscais nºs 1604, 1605, 1606 e 1620 emitidas. Em anexo, o Registro de Apuração nº 10/2009 e cópia das 04 notas fiscais às fls. 267 a 271 do PAF.

Que quanto à infração 3, a impugnante alega que a filial recebedora da transferência do saldo devedor possuía saldo credor maior do que o recebido, e que não houve prejuízo ao Estado. Ocorre que a filial que recebeu a transferência não abateu do saldo credor conforme se pode observar nas fls. 133 e 134 do PAF, e a que transferiu o saldo devedor, deixou de recolher o referido débito conforme demonstrativo mensal de apuração – DMA, de 2010, fls. 273 a 275 do PAF.

Quanto à infração 4, pode se observar que a filial IE nº 69.145.856 utilizou crédito da Nota Fiscal nº 50, conforme fl. 277 do PAF, e a filial nº 74.765.087 não efetuou o débito, conforme fls. 278 e 279 do PAF. Com relação à Nota Fiscal nº 1.964, a alegação do contribuinte procede, reduzindo o valor de R\$24.763,68 para R\$7.000,00.

No que diz respeito à infração 5, mantém integralmente, uma vez que houve duplicidade de lançamentos, conforme fls. 281 e 282 do PAF, embora o autuado tenha alegado que não houve prejuízo ao Estado, e isto não é verdade.

Intimada, a impugnante apresenta manifestação às fls. 291 e pondera que a autuante manteve as infrações 1, 3 e 5, acatou integralmente a defesa em relação à infração 2, e parcialmente os argumentos defensivos quanto à infração 4.

Novamente argui a nulidade do presente lançamento em razão da falta de segurança para se determinar à infração cometida, bem como dos equívocos contábeis na elaboração do Auto de Infração, o que cerceou o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório do autuado.

Quanto às infrações 1, 3, 4 e 5, houve um equívoco cometido pelo autuado na escrituração fiscal das suas diversas empresas que resultou em refazimento de todos os seus registros fiscais e contábeis. Ocorre que, ao invocar o erro de escrituração e refazer os livros fiscais, bem como apresentar novas DMA, a impugnante demonstrou que não houve prejuízo algum para o Erário.

Justifica que se trata de empresas pertencentes aos mesmos proprietários, e é possível a transferência de créditos, ou de débitos, entre elas, para extinguir por compensação os encargos tributários.

Aduz que o mero equívoco quanto à sistemática adotada, quando da transferência de débito ou de crédito fiscais entre as empresas, não está conforme quis fazer entender o autuante, tratando-se de omissão de operação nem tampouco de falta de recolhimento de tributo devido.

Que sendo legalmente admitida a compensação total ou parcial de créditos e débitos fiscais, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte que utilizem mesmo regime de apuração do imposto, é possível que o resultado encontrado seja objeto de recolhimento único, conforme dispõe o art. 114-A do RICMS-BA.

Justifica que o equívoco na escrituração dos livros fiscais nessa situação, não configurou falta de recolhimento do imposto incidente, razão pela qual nenhum prejuízo sofreu o erário; que erro de escrituração não é fato gerador do ICMS e os créditos gerados, em que pese não terem sido formalmente transferidos, à primeira vista eram todos devidos, conforme comprovam as DMA originalmente transmitidas em período anterior à autuação, tendo havido, pois, pagamento integral do imposto.

Que assim, tendo em vista que as DMA originais, enviadas anteriormente à fiscalização e consequente autuação, apontam valores de transferência de créditos iguais ao das DMA corrigidas, há que ser aceito e considerado o presente refazimento da escrita fiscal do autuado.

No caso sob exame, percebe-se a ausência de má-fé, como também a ausência de prejuízo ao erário, razão pela qual a simples correção na escrita fiscal soluciona a questão, conforme já retificado.

Reproduz decisões em julgamentos administrativos em seu favor, pois não tendo havido qualquer falta de recolhimento do imposto, o máximo que poderia haver seria conversão da exigência de tributo por descumprimento de obrigação principal deste Auto de Infração, em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, leia-se, multa, pois só assim a justiça fiscal estaria sendo alcançada.

Pede que seja decretada a nulidade do Auto de Infração em preliminar, ou, no mérito, que seja anulado o presente lançamento em razão dos vícios acima apontados. Em caso de, remotamente, não serem acolhidos os argumentos de nulidade, que sejam acolhidas as fundamentações e informações apresentadas, para julgar improcedente o lançamento ou subsidiariamente, que o mesmo seja reformado a fim de excluir da base de cálculo todas as parcelas impugnadas.

Ademais, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

Em pauta suplementar de 18/04/2012, a 1ª JFJ converteu o processo em diligência para a autuante anexar intimação ou termo de início de fiscalização, de modo a proteger o lançamento tributário de eventuais questionamentos de nulidade formal. Foi anexado às fls. 316, termo de intimação datado de 12/01/2011 e assinado pelo contador Antonio Alberto Rocha.

Na assentada de julgamento do dia 05 de Julho de 2012, a 5ª JFJ, a defensora do autuado protestou pela nota fiscal nº 809, citada na peça de defesa e cuja ausência do PAF comprometia a verdade material, solicitando diligência.

Tendo em vista outras dúvidas suscitadas na sessão, deliberou-se pela conversão do processo em diligência para que fossem tomadas as seguintes providências:

- Intimar o autuado a apresentar o livro de Apuração, entrada e saída dos 03 estabelecimentos envolvidos nas transferências de crédito do período compreendido entre novembro de 2009 e dezembro de 2010.
- Apresentar a Nota Fiscal nº 809, citada na impugnação e apresentar comprovantes de pagamento de ICMS nos meses em que houver saldo de imposto a pagar na inscrição nº 74.765.087, ao qual se reporta este PAF.
- Verificar a partir dos documentos, se houve regularidade nas transferências na forma do art. 114-A do RICMS, cotejando todas as notas de transferências com os respectivos Registros de Entrada, com lançamento a crédito e o correspondente débito no registro de saída da empresa emitente, de forma a apurar se havia saldo de imposto a pagar nesta inscrição autuada e se houve fiel observância aos termos do art. 114-A, devendo proceder a alterações do lançamento, se necessário, e averiguar se houve repercussão nos meses subsequentes aos dos lançamentos, informando eventual saldo devedor de ICMS sem o recolhimento devido.

Realizada a diligência, à fl. 327/330, no Parecer de nº 0104/2012, concluiu o diligente que foram efetuadas as devidas verificações e foram constatadas as transferências de crédito entre as filiais, atestando não haver irregularidades, e anexando as provas documentais.

Atesta que na infração 3, conforme livro de Apuração, que foi efetuado o lançamento a débito da Inscrição nº 74.765.087 (autuado), para crédito da Inscrição nº 69.605.936 no valor de R\$15.555,72 e foi emitida Nota Fiscal nº 809 de 31/01/2010, fl. 32, conforme art. 114-A.

Que na infração 4, constatou que as Notas Fiscais nº 50, de 30/11/2010, fl. 35, e 1964, de 31/05/2010, fl. 36, estão lançadas nos livros de Entradas e Saídas de da Inscrição nº 69.145.936 e 74.765.087, sendo transportados os valores creditados para os livros de Apuração, conforme cópias anexas às fls. 393/395.

Conclui que foram efetuadas as devidas verificações, e que as transferências de crédito foram feitas conforme determina a legislação, e foi elaborado novo demonstrativo da conta corrente das Inscrições nºs 74.765.087 (fls. 396/399), 69.145.856 (fls. 400/403) e 69.605.936 (fls. 404/407) constatando não haver irregularidades nas transferências e também ausência de repercussão nos meses subsequentes.

À fl. 410 a autuante se manifesta e reafirma que a respeito da infração 3, a Nota Fiscal nº 809 não foi lançada na escrita fiscal, fl. 134 e 389 do PAF, e na infração 4, a Nota Fiscal nº 50, fl. 35 do PAF, foi creditada na inscrição nº 69.145.856 no valor de R\$7.000,00 (fl. 277), mas não houve débito correspondente na inscrição da emitente, nº 74.765.087.

Quanto à infração 5, confrontando a fl. 126, CFOP 1152, no valor de R\$37.817,80, se observa que este é o dobro da totalização das Notas Fiscais nºs 748 e 770, fls. 39/40 do PAF, e posteriormente foi refeita a escrita, fl. 245.

Nas fls. 418/421 o impugnante volta a se manifestar, quando requer novamente a nulidade do processo e admite novamente que houve erro de escrituração na infração 3 mas que não houve aproveitamento do crédito de ICMS.

Acrescenta que na infração 4 foram citadas duas notas na defesa, a de nº 1964 de R\$17.723,86 e a de nº 1963, no valor de R\$20.338,39, totalizando R\$38.062,07, mas na manifestação da fiscal, ela se reportou somente à nota nº 1964, reduzindo a infração, mas não se reportou à Nota Fiscal nº 1963, no valor de R\$20.338,39.

Reitera que na infração 5 a empresa continua com saldo credor em torno de R\$60.000,00, e mesmo excluindo o crédito em duplicidade, restou valor maior que o devido, não havendo prejuízo aos cofres públicos. Pede diligência para apurar tal fato, e que não havendo descumprimento de obrigação principal, que se faça à conversão em penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Nos anexos trazidos pelo fiscal diligente, foi constatado que às fls. 391 há o lançamento a crédito, mas não foi encontrado o comprovante do lançamento a débito. No entanto, em seu relatório à fl. 329, o diligente afirma categoricamente que a Nota Fiscal nº 50 está lançada nos livros de Entrada e Saída das Inscrições nºs 69.145.856 e 74.765.087, conforme cópias às fls. 391 e 392.

Assim, em respeito ao princípio da verdade material, resolveu a 3ª JJF, em pauta suplementar, converter o processo novamente em diligência à ASTEC, afim de que fosse apurada a dúvida estabelecida sobre a Nota Fiscal nº 50, uma vez que na diligência, o auditor pode ter efetivamente visualizado o valor debitado, mas por um lapso, não anexou a comprovação ao processo.

À fl. 442, nova diligência constata que a Nota Fiscal nº 050 de 30/11/2010, fl. 35 foi lançada a crédito no RE da inscrição nº 69.145.856 no mês 11/2009, porém não foi lançada a débito no RE de saída no período 11/2009 e 12/2009 da Inscrição nº 74.765.087 do autuado, conforme cópias anexas às fls. 444/461. Elaborado demonstrativo da conta corrente no mês de novembro de 2009, fl. 462, se constatou diferença de R\$7.000,00 de ICMS a recolher.

Cientificado da última diligência às fls. 465/466, o impugnante não se pronunciou.

VOTO

De início, o impugnante arguiu falta de clareza na descrição das infrações, assim como das cominações legais, invocando não haver liquidez e certeza do lançamento e pede pela nulidade do Auto de Infração.

Constato, de ofício, que no campo destinado à descrição das infrações, o autuante se reporta à *“falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de outras unidades da Federação e adquiridas para comercialização”*. Constato que tal infração não existe entre as seis enumeradas no Auto de Infração, e conquanto seja uma infração estranha ao processo, o impugnante a ela não se reportou, e assim sendo, entendo que há necessidade da avaliação deste pedido preliminar de nulidade em cada uma das infrações, e em seguida, se for o caso, feito o julgamento de mérito, descartando a nulidade total do processo pelo motivo acima citado, por entender que tal fato não interferiu no entendimento do impugnante na compreensão das infrações relacionadas no Auto de Infração.

Por oportuno, é importante ressaltar que foi acolhido o pedido de diligência, executada em duas oportunidades, e em ambas foram garantidas ao impugnante o direito para se manifestar, sendo cumpridos os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Quanto ao pedido de correção das multas, e do seu caráter confiscatório, este será apreciado ao final deste voto.

Inicialmente constato que na infração 1 há mesmo uma imprecisão na descrição, quando o autuante relata que o impugnante *“utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS por não haver entrada da mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Utilizou o crédito em duplicidade ao escriturar o registro de entradas”*.

Cotejando-se o demonstrativo de fls. 10/11 e as cópias dos documentos comprobatórios nas páginas subsequentes, não se encontra qualquer registro de crédito em duplicidade, havendo um crédito assinalado no livro Registro de Entrada à fl. 12, no valor de R\$1.049,99 e que foi lançado nesta infração, e as demais provas trazidas são cópias Conhecimento de Transporte Rodoviário

de Cargas, em suas 3^{as} e 5^{as} vias. Não há comprovação de registros lançados em duplicidade nem tampouco intimação para comprovação documental que dê lastro ao crédito de R\$1.049,99, apontado no livro de Entrada.

Assim, embora haja indícios de haver irregularidade na escrituração do crédito fiscal pela apresentação de cópias de 3^{as} e 5^{as} vias de CTIRC, a descrição da infração é sem dúvida, embaraçosa. A própria defesa se tornou confusa e sem nexo, quando o impugnante arguiu que o autuante não observou os CTIRC, no valor de R\$141,08, e pede redução de débito pelos documentos que não foram considerados pela fiscalização, sem, no entanto esclarecer que documentos foram esses que não foram levados em conta, visto que todos os que foram referidos pelo impugnante, constavam no demonstrativo apresentado pelo autuante.

Todos os CTIRC apresentados se reportam como documentos com crédito indevido, não havendo qualquer conexão com pedido de redução do valor lançado pleiteado pela impugnante na defesa, assim como não há nos autos, nenhuma correlação da escrituração de crédito em duplicidade, que pressupõe um lançamento de mesmo valor e de mesma fonte documental, registrado duas vezes.

Possivelmente o registro de entrada à fl. 12 no valor de R\$1.049,99 se reporte a crédito sem o devido lastro documento fiscal que não foi apresentado pelo impugnante durante o procedimento, mas isto não foi claramente apontado na descrição da infração, já que o autuante fez uma alusão a crédito indevido pela falta de entrada de mercadorias, mas sem intimação de entrega do documento fiscal correspondente ao crédito.

Há também na mesma infração, imputação por falta de prestação de serviço, e por uso do crédito fiscal em duplicidade, apresentando cópias de conhecimento de transporte, mas seguramente não há comprovação de que no caso dos CTIRC relacionados, houve sequer unicidade de escrituração e muito menos de duplicidade, pois quanto aos créditos atribuídos como indevido pelos CTIRC, não há no processo, sequer comprovação de que tenham sido lançados na escrita fiscal do contribuinte.

O ônus da prova na etapa do procedimento de fiscalização cabe ao autuante, e pelo que se verifica nos autos, não está provada e esclarecida à infração. A esse respeito vejamos o que diz o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal:

Art. 18. São nulos:

I – (...)

II - ...

III - ...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Pelo exposto, este item do Auto de Infração não atendeu a um elemento essencial e necessário à sua subsistência, havendo defeito irreparável que compromete sua exigibilidade, pois é condição *sine qua non* para a validade jurídica da autuação, a submissão do lançamento tributário à forma escrita e precisa quanto ao seu enunciado como fato contrário à legislação tributária em vigor, sendo, portanto, exigível a sua exteriorização a salvo de falhas na descrição do fato infringente, pois do contrário padecerá de vício insanável, não podendo ser corrigido com fragmentação da infração, no caso, de mercadorias não adentradas no estabelecimento, de serviço não prestado, de documento imprestável por ser a 3^a ou 5^a via, de lançamento de crédito sem lastro probatório documental, e por fim, de uma possível duplicidade de registro, que neste caso, sequer elementos probatórios anexados aos autos.

Assim, acolho o pedido de nulidade da primeira infração por falta de concisão na descrição, pela ausência de provas irrefutáveis da utilização do crédito em duplicidade, ou indicação clara de quais foram os créditos decorrente das mercadorias que não adentraram o estabelecimento, vez que sequer existe a comprovação do lançamento a crédito ou vinculação entre o crédito lançado e a ausência documental que deveria lhe servir de lastro.

Tal procedimento implica em cerceamento de defesa, e também na necessária segurança jurídica na imputação, devendo ser renovada a ação fiscal quanto a este item do lançamento tributário.

Fica, pois, prejudicada a impugnação feita quanto à cominação da multa aplicada de 150%, pelo acolhimento da preliminar de nulidade do lançamento. Infração 1 nula.

Na infração 2, a autuante acatou a defesa, justificada pelo fato das notas fiscais que foram objeto da autuação (n^{os} 1.605 e 1.604), tiveram seus valores somados à Nota Fiscal nº 1.606 (cópia às fls. 268/271), em uma única linha de registro, cujo lançamento se deu de forma sintética conforme a prova apontada à fl. 267, e assim, percebo que a imputação nesta infração à fl. 02 do Auto de Infração, decorreu do fato de que o contribuinte deixou de recolher ICMS de operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

No entanto, no demonstrativo desta mesma infração à fl. 27, o cabeçalho da planilha no campo destinado ao valor lançado de ICMS, se reporta claramente a “crédito indevido” e a data da ocorrência está com o cabeçalho escrito “data de entrada”, fazendo supor infração totalmente diferente da que foi imputada na descrição inicial, se pautou em notas fiscais de saída, razão porque existe cabimento no pedido de nulidade solicitado pelo impugnante, por falta de conformação entre a imputação e o que foi apontado no demonstrativo elaborado pela autuante.

Não obstante, a defesa apresentada pelo contribuinte demonstra ter percebido a inteireza da acusação fiscal, que foi elidida, visto a comprovação de lançamento em conjunto de mais de uma nota fiscal no livro Registro de Saída, e o reconhecimento da improcedência pela própria autuante.

Nos termos do art. 155, parágrafo único, do RPAF, *“quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Assim, embora de concepção plenamente anulável, voto pela improcedência deste item, vez que a decisão de mérito favorece o sujeito passivo. Infração 2 improcedente.

A infração 3 aponta que o impugnante *“efetuiu estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto. A indústria efetuou a transferência de saldo devedor, lançou no campo outros créditos e a filial que recebeu a referida transferência de debito não efetuou o recolhimento do imposto”*.

A descrição da infração e o demonstrativo anexado apresentam perfeito grau de compreensão pertinentes ao assunto em lide, e não acolho a preliminar de nulidade, mas foi acolhido o pedido de diligência para se averiguar eventuais correções ou omissões, pelas incertezas apontadas na defesa.

Pelo que se apurou dos fatos investigados, constata-se que a autuante tem razão quando diz na informação fiscal que a escrituração foi mesmo refeita após a ação fiscalização, embora como alegado pelo impugnante, não houve comprovação de prejuízo ao fisco, pois se vê no relatório da diligência, na informação fiscal subsequente, e nas provas colhidas, que o saldo da conta era credora à época da fiscalização (R\$105.326,24, fl. 134) e após a diligência, devido a reescrituração, caiu para R\$57.563,68 (fl. 389).

Embora seja verdadeiro que em nenhuma das situações a apuração do ICMS chegou ao saldo devedor, é evidente que se não houvesse a fiscalização, a permanência da falta de escrituração do débito de R\$15.555,22, acabaria em prejuízo ao fisco, mas tal fato só não ocorreu devido a correção do erro, justamente após a fiscalização fazer o lançamento de ofício.

Assim, assiste razão ao impugnante quando afirma que *“não houve aproveitamento indevido do crédito fiscal”* (fl. 420), quando reiteradamente pleiteia pela conversão do lançamento em multa por descumprimento de obrigação acessória, visto não ter havido descumprimento de obrigação principal, quando afirma à fl. 296 *“não tendo havido qualquer falta de recolhimento do imposto o máximo que poderia haver seria a conversão da exigência de tributo por descumprimento de*

obrigação principal deste auto em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, leia-se multa, pois só assim a justiça fiscal estaria sendo amparada.

Tal ato, conversão do lançamento da obrigação principal em multa por descumprimento de obrigação acessória é permitido pelo art. 157 do RPAF, conforme transcrição abaixo:

Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração da obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

É certo que não houve infração quanto à obrigação principal, visto a comprovada existência de saldo credor antes e depois da ação fiscal, quando foi efetuada a correção, mas há clara vinculação de descumprimento de obrigação acessória ao fato imputado, e assim, converto o lançamento em multa nos termos do art. 42, VII da Lei nº 7.014/96:

- 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno.

Logo, a ausência de escrituração do débito transferido, implica em manutenção de crédito indevido no exato valor do débito que deixou de ser lançado, conforme apuração da fl. 134, de R\$15.555,22, cuja aplicação da multa de 60%, corresponde a R\$9.333,13. Pelo exposto, acolho o pedido da impugnação. Infração 3 procedente em parte.

A infração 4 é similar à 3 e possui descrição e cominação legal claras e definidas, e portanto não acolho o pedido de nulidade. No entanto, foi aceito o pedido de diligência e por força de comprovação do lançamento da Nota Fiscal nº 1964, no valor de R\$17.723,86, no livro de Saída nº 04, à folha 26, ficou efetivamente comprovado que o autuante tem razão quanto ao fato de que na Nota Fiscal nº 050, fl. 35, que trata de transferência de crédito do autuado, não foi lançada a débito no livro de Saída. A reconstituição da conta-corrente de ICMS no mês de novembro de 2009, levada a efeito pelo fiscal diligente à fl. 462, aponta saldo devedor de R\$7.000,00, em 30/11/2010, sendo, portanto mantido este valor, acrescido de multa de 60%. Infração 4 procedente em parte.

Na infração 5, constato que confrontando o lançamento da fl. 126, CFOP 1152, no valor de R\$37.817,80, se observa que é o dobro da totalização das Notas Fiscais nºs 748 e 770 (fls. 39 e 40), que comprovadamente foram escrituradas em duplicidade (fls. 281/282), e posteriormente foi refeita a escrita (fl. 245), havendo reconhecimento da escrituração do crédito em dobro.

A duplicidade de registro de uma única nota em meio ao registro de centenas ou milhares de notas fiscais, de fato não caracteriza o dolo ou a intenção de fraude por parte do impugnante, embora a responsabilidade por infrações da legislação tributária, salvo disposição de lei em contrário, independa da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos.

Assim, como foi comprovado na diligência, que naquele mês da ocorrência, não haveria mesmo pagamento do ICMS ainda que retirada a duplicidade do crédito fiscal, converto a infração em multa nos termos do art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e assim, o lançamento de R\$18.908,9, converte-se em multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$11.345,34. Infração 5 procedente em parte.

A infração 6 é reconhecida em parte pelo impugnante, que contesta apenas a multa lançada de 100% arguindo que é de 70%, nos termos do art. 42, III da lei nº 7.014/96. Equivoca-se o impugnante, pois a redação atual do inciso III do *caput* do art. 42 e vigente à época do fato gerador foi dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, revogando a multa anterior de 70%. Assim, está a redação do art. 42, III:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Na infração, a data de ocorrência é 30/12/2010, portanto em plena vigência da multa de 100%, e o autuante embora não tenha colocado a alínea “g” na tipificação da multa aplicada, a indicação do art. 42 e do inciso III, além do percentual da multa, não caracteriza cerceamento de defesa, visto que a multa é facilmente identificável, com uma mera consulta ao dispositivo legal.

Em relação ao alegado efeito confiscatório, não tem este Conselho de Fazenda, competência legal pra julgar esses questionamentos, mas tão somente efetuar o controle de legalidade do crédito tributário conforme a legislação ordinária do Estado da Bahia. De acordo com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, art. 167, I - *não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.*

Quanto ao pedido de redução de multa, esta JJF não tem competência para julgar tal pedido, nos termos do artigo 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou, redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Em sendo assim, após o julgamento, a configuração das infrações, em resumo, passa a ser a seguinte, onde o valor originalmente lançado de R\$75.984,94 fica reduzido para R\$41.505,54, recomendando-se a autoridade competente renovar a ação fiscal quanto ao primeiro item, que foi anulado por erro insanável.

INF	JULGAMENTO	ICMS/MULTA	VLR. LANÇADO	VLR JULGADO	MULTA
01	NULA	NIHIL	1.750,53	0,00	-----
02	IMPROCEDENTE	NIHIL	1.219,54	0,00	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	CONV. EM MULTA	15.555,22	9.333,13	-----
04	PROCEDENTE EM PARTE	ICMS	24.723,68	7.000,00	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	CONV. EM MULTA	18.908,90	11.345,34	-----
06	PROCEDENTE	ICMS	13.827,07	13.827,07	100%
TOTAL				41.505,54	

Pelo exposto voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293873.3009/11-0**, lavrado contra **REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.827,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.000,00 e 70% sobre R\$13.827,07, previstas, respectivamente, art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, além das multas pecuniárias (60%) por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$20.678,47**, prevista no inciso VII, “c”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se à autoridade competente, renovar a ação fiscal quanto à primeira infração.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2013.

TOLSTOI SEARE NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR