

PROCESSO - A. I. Nº 129711.0001/12-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MÓVEIS SALVADOR LTDA. (CASARÃO MÓVEIS)
RECORRIDOS - MÓVEIS SALVADOR LTDA. (CASARÃO MÓVEIS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão1º JJF nº 0099-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/04/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0100-11/14

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **01.** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. **02 E 03.** DIFERENCIAL ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. **04.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **05 E 07.** PENALIDADE FIXA. MULTA POR FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA EM LIVROS PRÓPRIOS. Adesão aos benefícios veiculados pela Lei nº 12.903/2013. Desistência expressa das razões de apelo. Recurso Voluntário prejudicado. **06.** FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. RPAF/BA. ART. 18. Descrição dos fatos desprovida de segurança quanto à infração cometida. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade evidenciada. Mantida a Decisão recorrida. Recuso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PREJUDICADO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou, à unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2012, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$451.421,65 em decorrência da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação regência:

1. *Utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2009, março, abril, outubro e novembro de 2010. Valor exigido R\$1.120,50, acrescido da multa de 60%;*
2. *Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho e setembro de 2009. Valor e exigido R\$723,75, acrescido da multa de 60%;*
3. *Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2009 e junho de 2010. Valor exigido R\$78.682,10, acrescido da multa de 60%;*
4. *Falta de recolhimento de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses novembro de 2009, janeiro e fevereiro de 2010. Multa isolada exigida no valor de R\$ 245.857,88;*
5. *Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2009, janeiro, abril a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010. Multa exigida no valor de R\$47.150,67, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias;*

6. *Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro, abril a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010. Multa exigida no valor de R\$ 76.003,49, acrescido das multas de 70% e 100%;*
7. *Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, julho, outubro a dezembro de 2009, março a maio, setembro e outubro de 2010. Multa exigida no valor de R\$1.883,26, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias.*

Após a apresentação da defesa e prestação das informações fiscais a instrução do feito foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação da 1ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 07/05/2013:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado as quais foram integralmente objeto de impugnação.

A princípio, no que tange à nulidade das infrações 02 e 03 arguida pelo impugnante, sob o fundamento de manifesta ilegalidade cometida pela Fiscalização, por ter lançado o tributo mediante aplicação da alíquota interna de 17% em detrimento da aplicação da diferença de alíquotas de 10%, observo que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que tal fato não afetou o resultado do imposto devido apurado pela Fiscalização e apontado nos demonstrativos de fls. 69 a 75 dos autos. Ou seja, o valor do ICMS indicado no Auto de Infração para essas duas infrações, resulta da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme apurado pelas autuantes.

Desse modo, não acolho a arguição de nulidade das infrações 02 e 03.

Entretanto, apesar de não ter sido arguida pelo impugnante, constato que se impõe a nulidade da infração 06, por inadequação do Roteiro de Fiscalização adotado, tendo em vista que apresenta como enunciado “Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”, contudo, o imposto está sendo exigido com base nas notas fiscais de entradas como se fossem notas fiscais de saídas não registradas. Ou seja, o levantamento deveria ter sido realizado com base na falta de contabilização de entradas de mercadorias, situação que indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido, prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Verifica-se no levantamento realizado pela Fiscalização que sobre os valores das aquisições das mercadorias foi aplicada a Margem de Valor Agregado (MVA) de 25%, para fins de apuração da base de cálculo do imposto e, após a apuração do débito do ICMS a alíquota de 17% sobre a referida base de cálculo foi deduzido o valor do ICMS destacado no documento fiscal, resultando no ICMS exigido no Auto de Infração.

Diante disso, considero nula a infração 06, com fulcro no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.697/99, ao tempo em que, recomendo a autoridade competente analisar a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do mesmo RPAF/99. Infração nula.

Quanto ao pedido de diligência por fiscal estranho ao feito, não vislumbro a necessidade de sua realização, haja vista que os elementos existentes nos autos são suficientes para formação do convencimento sobre a Decisão da lide. Portanto, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, no que concerne à infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais -, constato que assiste razão as autuantes, haja vista que a alegação defensiva de que comercializa móveis para consumidor final e sendo verificada a existência de avarias efetua a troca, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, adquirindo para tanto novas peças dessas mercadorias e faz a substituição da mercadoria anteriormente vendida, o que enseja o creditamento do ICMS decorrente dessa compra, tendo em vista que há um efetivo recolhimento aos cofres do Estado, não guarda qualquer correspondência com a acusação fiscal.

Em verdade, a autuação diz respeito à utilização de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, conforme se verifica nos demonstrativos elaborados pelas autuantes de fls. 64 a 67, bem como nos lançamentos existentes no livro Registro de Entradas de Mercadorias, cuja cópia se encontra acostada às fls. 464, 484, 493 e 495 dos autos.

Assim sendo, não há como prosperar a argumentação defensiva, haja vista que não ocorreu glosa de crédito fiscal referente às compras realizadas para substituir as mercadorias com avarias, mas sim em decorrência de utilização de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Infração mantida.

Quanto às infrações 02 e 03, que dizem respeito à exigência do ICMS referente à diferença entre as alíquotas

internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento (infração 01) e ao ativo fixo do estabelecimento (infração 02), observo que é devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento, sendo o imposto apurado decorrente do resultado da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e interestadual, sobre o valor da operação, conforme estabelece o art. 2º, IV, c/c o art. 17, XI, § 6º, da Lei nº 7.014/96.

Noto que as autuantes realizaram o levantamento na forma determinada pelos dispositivos legais acima referidos, conforme demonstrativos que elaboraram de fls. 69 a 75 dos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, sendo que, os valores do imposto apurados existentes nos referidos demonstrativos foram apontados corretamente no Auto de Infração.

A questão suscitada pelo impugnante referente à incorreta aplicação da alíquota de 17% no Auto de Infração não se sustenta, haja vista que se trata apenas de uma demonstração dos valores feita pelo sistema de emissão do Auto de Infração que, contudo, não tem qualquer influência no resultado do imposto apurado pelas autuantes, que permanece o mesmo apontado nos demonstrativos de fls. 69 a 75. Ou seja, o valor do ICMS indicado no Auto de Infração para essas duas infrações, resulta da diferença entre a alíquota interna e interestadual sobre o valor da operação, conforme corretamente apurado pelas autuantes.

Diante disso, as infrações 02 e 03 são subsistentes.

Relativamente à infração 04, observo que a exigência se refere à aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto referente à antecipação parcial não recolhido tempestivamente, conforme demonstrado às fls. 95 a 148 dos autos, bem como em mídia eletrônica (CD), cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme recibos à fl. 62 dos autos.

A imposição dessa penalidade tem previsão no art. 42, II, “d”, c/c o seu § 1º, da Lei nº 7.014/96, que determina, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saídas posteriores, a dispensa da exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II, que, por sua vez, estabelece a multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares.

Trata-se de multa específica para o caso de não recolhimento tempestivo do ICMS devido por antecipação parcial quando, posteriormente, o contribuinte realiza a operação de saída da mercadoria com tributação.

Certamente que o pagamento do imposto na saída da mercadoria não tem a natureza de denúncia espontânea, conforme aduzido pelo impugnante, haja vista que a infração pelo recolhimento intempestivo do imposto efetivamente ocorrerá, independentemente de sua boa-fé.

Assim sendo, este item da autuação é subsistente.

Com relação à infração 05, verifico que diz respeito à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo referente a aquisições de mercadorias cujas notas fiscais de entrada não foram devidamente escrituradas.

No caso desta infração, observo que o autuado apenas alegou que as exigências apontadas na autuação foram devidamente registradas nos livros fiscais, sobretudo no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo certo que tais livros sempre estiveram à disposição da Fiscalização. Entretanto, verifico que não trouxe aos autos quaisquer elementos de provas de sua alegação. Ademais, conforme consignando pelas autuantes, não consta qualquer lançamento das notas fiscais nos livros Registro de Entradas de Mercadorias referentes aos exercícios de 2009 e 2010.

Apesar disso, o resultado da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal cumprida pelas autuantes, repercutiu nesta infração, haja vista que foram excluídas notas fiscais obtidas através do sistema Sintegra, cuja comprovação das operações não restou confirmada, no caso, Notas Fiscais nº.s 5362, 130496, 98078, 24666, 31867, 46310, 8083, 21851 e 217730, referentes ao exercício de 2009 e Notas Fiscais nº.s 18945, 58667, 58666, 448067, 140055, 1009, 3745, 9423, 10991 e 11004, referentes ao exercício de 2010.

Assim sendo, acolho os elementos trazidos pelas autuantes no cumprimento da diligência, no tange a esta infração, conforme demonstrativos acostados aos autos. Observo que no exercício de 2009 as autuantes excluíram as Notas Fiscais nº.s 5326 (e não 5362), 130496, 98708, 24666, 31867, 46310, 8083, 21851 e 217730, referentes aos meses de fevereiro, março, maio, junho, julho, novembro e dezembro, conforme demonstrativo de fl. 531.

Diante do exposto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$41.491,22, conforme demonstrativos elaborados pelas autuantes de fls. 535 a 537 e 541 a 542.

No que tange à infração 07, verifico que diz respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido o valor de R\$1.883,26, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias.

Noto que o impugnante simplesmente alega que as exigências apontadas neste item da autuação foram devidamente registradas nos livros fiscais, sobretudo no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo certo que tais livros sempre estiveram à disposição da Autoridade Fiscal, entretanto, não apresenta qualquer elemento hábil de prova para confirmar a sua alegação.

É certo que inobservou o impugnante as disposições dos arts. 142 e 143 do RPAF, no sentido de que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, bem como, de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim sendo, este item da autuação é subsistente.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 04 e 07 são integralmente subsistentes, a infração 05 parcialmente subsistente, e a infração 06 nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto condutor do acórdão acima reproduzido, o órgão julgador *a quo* concluiu pela Procedência das exigências consubstanciadas nos item 01, 02, 03, 04 e 07 do Auto de Infração, pela Procedência Parcial da exigência a que se refere o item 05 e pela nulidade da exigência de que trata o item 06.

Em observância ao quanto disposto no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, os membros integrantes da 1ª JFJ recorreram de ofício em relação à parcela do lançamento que foi desonerada.

Por outro lado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário se insurgindo contra a Decisão de piso na parte em que lhe foi desfavorável, devolvendo toda matéria objeto de julgamento em Primeira Instância para nova apreciação por parte desta CJF.

No opinativo de fls. 721 a 723, a PGE/PROFIS se manifestou no sentido do não provimento do Recurso Voluntário por entender que as razões de apelo apresentadas não são suficientes para provocar a reforma do acórdão recorrido.

Em 21/11/2013, vieram aos autos os documentos de fls. 725 a 726 que dão conta da adesão do Recorrente aos benefícios veiculados pela Lei nº 12.903/2013.

Da análise da petição de fl. 726, da lavra do sujeito passivo, constata-se que este desistiu integralmente da sua defesa, tendo procedido ao recolhimento das exigências consubstanciadas nos seguintes itens do Auto de Infração:

Item	Infração	Valor Original
01	01.02.40	1.120,50
02	06.02.01	723,75
03	06.01.01	78.682,10
04	07.15.03	24.585,79
05	16.01.01	47.150,67
07	16.01.02	1.883,26

VOTO

Conforme relatado, ao aderir aos benefícios veiculados pela Lei nº 12.903/2013 o recorrente desistiu de ver apreciadas as razões de seu inconformismo, motivo pelo qual julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto.

Resta-me, portanto, apreciar o Recurso de Ofício.

Quanto à desoneração parcial da exigência consubstanciada no item 5, da análise dos

demonstrativos de fls. 530 a 551 constato que as conclusões a que chegou a 1ª JJF estão calcadas em aspectos de natureza fática constadas pelo fiscal autuante mediante procedimento de diligência, qual seja: a não confirmação das operações formalizadas por determinadas notas fiscais obtidas através do sistema Sintegra, razão pela qual restou esvaziada a acusação de falta de escrituração destes documentos fiscais.

No que diz respeito ao item 6, verifico que o afastamento da exigência decorreu da constatação por parte do julgador *a quo* no sentido de que esta não contém elementos suficientes para possibilitar ao sujeito passivo identificar com a devida segurança a acusação que lhe está sendo imposta.

Isto porque, os demonstrativos de fls. 163 a 166 evidenciam a apuração de ICMS supostamente não recolhido em razão de omissão de saídas/entradas o qual foi apurado a partir dos dados constantes em determinadas notas fiscais que deixaram de ser escrituradas no livro de Registro de Entradas.

Ao que tudo indica, pretendeu a fiscalização exigir ICMS não recolhido nas saídas de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação em razão da falta de escrituração das respectivas entradas, utilizando-se, para tanto, de um roteiro inadequado.

Ocorre que nem a descrição dos fatos – “*Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referentes as operações não escrituradas nos Livros Próprios*” – nem tampouco os dispositivos legais citados como infringidos – artigos 50, 124, inciso I, 322 e 323, incisos e parágrafos e 936 do RICMS/BA, permitem ao contribuinte chegar a tal conclusão, situação fática que ocasiona o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso mantendo em todos os seus termos a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 129711.0001/12-6, lavrado contra **MÓVEIS SALVADOR LTDA. (CASARÃO MÓVEIS)**, no valor de **R\$80.526,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de **R\$289.232,36**, previstas nos incisos II, “d”, c/c o § 1º, IX e XI, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS