

A. I. N° - 293873.2909/11-8
AUTUADO - REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA ME.
AUTUANTE - RITA DE CASSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 23.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0059-02/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTARE. Infração reconhecida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Comprovado erro na apuração do débito. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Fato não contestado. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Infração elidida em parte. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Fato não contestado. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$50.234,67, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$11.766,61, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl. 12.
2. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.546,54, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, julho e dezembro de 2010, conforme demonstrativo à fl. 13.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$442,69, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais nos meses de janeiro e março de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls. 87 a 99.
4. Deixou de recolher o ICMS, no total de R\$88,54, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, na condição de microempresa, nos meses de janeiro e março de 2010, conforme documentos às fls. 87 a 99.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.595,98, nos meses de janeiro, junho, julho, setembro, outubro, dezembro de 2009, janeiro a maio de 2010, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, conforme demonstrativo e documentos às fls. 101 a 179.
6. Recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, no total de R\$794,31, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, no mês de abril de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls. 181 a 216.

O autuado, por seu representante legal, após reprimir as infrações e destacar a tempestividade de sua defesa, fls.219 a 243, reconheceu o débito das infrações 04 e 06, e impugnou os demais itens com base nos seguintes fundamentos de fato e de direito.

Comenta sobre princípios de direito, em especial o da verdade material, para arguir a nulidade da autuação, por falta de segurança para se determinar a infração cometida e cerceamento do direito de defesa por falta de prova, por não ter havido os esclarecimentos necessários sobre a natureza das imputações fiscais. Transcreveu lições de renomados tributaristas, e a jurisprudência do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Salienta que o texto descriptivo do Auto de Infração, narra diversas infrações que não deixam claro o ilícito fiscal cometido: Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Questiona: *Quais as naturezas das infrações cometidas? O contribuinte pode se defender com base nessas acusações? O seu patrimônio pode ser invadido pelo fisco amparado nestas acusações fiscais?*

Prosseguindo, comenta sobre o princípio da ampla defesa e do contraditório, inclusive na visão de renomados professores de direito. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF/BA, referente a autos de infração julgados nulos.

Assim, por entender que há incerteza, no levantamento realizado e nas acusações perpetradas no Auto de Infração, em afronta ao artigo 39, inciso III, do RPFA/99, invoca o artigo 18 do citado Regulamento, para suscitar a nulidade do lançamento, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

No mérito, alega que a fiscalização deixou de observar que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do próprio contribuinte lançados a débito e a crédito na sua conta corrente fiscal não acarretam qualquer prejuízo tributário ao Erário.

Diz 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 baiano.

Alega, ainda, que houve um equívoco de sua parte na escrituração fiscal das suas diversas empresas que resultou em refazimento de todos os seus registros fiscais e contábeis, assim como o SINTEGRA, resultando em omissão de lançamentos de notas fiscais de transferências.

Conceitua o princípio da verdade material, à luz do artigo 2º do RPAF/99, transcrevendo a doutrina na visão de renomados tributaristas.

Reitera que o julgador administrativo na busca da verdade material provoque a realização de diligências necessárias para esclarecimentos dos fatos ditos como irregulares pela administração.

Em seguida, apontou os seguintes equívocos materiais na autuação.

Infração 01

Informa que houve necessidade de refazimento total da escrituração fiscal e contábil da empresa, assim como dos arquivos do SINTEGRA, tendo constatado que algumas notas que não foram

lançadas a título de transferência de mercadorias, sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, porém, diz que tal procedimento não causou nenhum prejuízo ao Erário. Diz que todos os lançamentos foram refeitos e retificados, demonstrando que a empresa não efetuou pagamento no valor de R\$ 11.766,61, pois tinha recebido crédito da filial com CNPJ 05.697.368/0004-17.

Para comprovar sua alegação acostou ao PAF, cópia do livro RAICMS 04 folhas 05 e 06, da empresa recebedora do crédito CNPJ 05.697.368/0002-55, e também, cópia do livro RAICMS 03 folhas 05 e 06 da empresa CNPJ 05.697.368/0004-17.

Infração 02

Repete que houve necessidade de refazimento total da escrituração fiscal e contábil da empresa, assim como dos arquivos do SINTEGRA, tendo constatado que algumas notas que não foram lançadas a título de transferência de mercadorias, sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, porém, que tal procedimento não causou nenhum prejuízo ao Erário, tudo conforme cópia do livro Registro de Apuração ICMS nº 05, ref. 02/09 e 12/09 folhas 05, 06, 07, 35 e 36, bem como extrato de pagamento do ICMS normal referente a 12/09, anexados ao processo.

Elaborou o quadro abaixo para mostrar que não existe diferença de ICMS.

MÊS	DÉBITO DECLARADO	DEBITO RECOLHIDO	DIFERENÇA REAL	DIFERENÇA AUTUADA	COBRANÇA INDEVIDA
fev/10	8.467,37	7.643,33	824,04	1.120,25	296,21
jul/10	54.283,20	54.204,48	78,72	78,72	0,00
dez/10	76.084,05	75.784,32	299,73	1.347,57	1.047,84
			1.202,49	2.546,54	1.344,05

Infração 05

Reiterando que houve necessidade de refazimento total da escrituração fiscal e contábil da empresa, assim como dos arquivos do SINTEGRA, diz ter constatado que algumas notas fiscais que não foram lançadas a título de transferência de mercadorias, sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, sem qualquer juízo ao Erário.

No caso da infração 05, explicou que:

OCORRÊNCIA 09/2009 - *Existia um lançamento de transferência de crédito referente a nota fiscal 698 no valor de R\$ 8.925,60, lançada equivocadamente. Na reapuração excluímos a referida nota fiscal e identificamos pagamento no mesmo valor que somado ao ICMS recolhido no valor de R\$20.164,82, perfazendo R\$ 29.090,42, que é o saldo devedor apurado.*

Acostou à sua peça defensiva cópia das folhas 26 e 27 do livro 04 RAICMS.

OCORRÊNCIA 03/2010 – *A Nota fiscal nº 867 refere-se a transferência de saldo credor da filial com CNPJ 05.697.368/0004-17, para a filial com CNPJ 05.697.368/0002-55. No entanto, no refazimento da escrita fiscal e contábil da empresa não identificamos a nota fiscal, entretanto foi devidamente escriturada a débito na filial com CNPJ 05.697.368/0004-17, a qual tinha saldo suficiente para acobertar a operação.*

Acostou cópia do livro apuração da filial CNPJ 05.697.368/0002-55 livro 05 folhas 08 e 09, e cópia do livro apuração da filial CNPJ 05.697.368/0004-17 livro 04 folhas 08 e 09.

Quanto a multa aplicada neste item, alega que a autuante entendendo que houve uma ação ou omissão dolosa, aplicou incorretamente o percentual de 150%, indicando o artigo 42, V “b” da Lei 7014/96, ao invés do artigo 42, VII, “a”. Sustenta que não há nos autos prova de má fé de sua parte nos fatos apurados. Pede a retificação da multa.

Considerou que todas as multas aplicadas têm caráter confiscatório, e ferem o conceito de proporcional ou razoável, uma vez que impõe ao contribuinte sanção pecuniária relativa a uma

sistemática de tributação que não acarreta qualquer prejuízo ao Erário Estadual. Transcreve doutrina e jurisprudência no âmbito do judiciário sobre a questão. Pede a redução das multas.

Por fim, em face da vasta fundamentação jurídica e jurisprudencial requer que sejam julgados procedentes os seguintes pedidos:

1. PRELIMINAR DE NULIDADE: reconhecer a falta de segurança para se determinar as infrações.

2. NO MÉRITO:

2.1 Reconhecimento dos equívocos materiais cometidos pela autuante nas infrações 01, 02, e 05.

2.2 Revisão por fiscal estranho ao feito para a busca da verdade material.

2.3 Redução da multa aplicada na infração 05.

2.4 Redução ou cancelamento das multas confiscatórias.

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

Na informação fiscal às fls.300 a 303, a autuante rebateu os argumentos defensivos na forma que segue.

Infração 01 - Manteve o débito lançado neste item, dizendo que o autuado refez a escrita fiscal para comprovar que a falta de recolhimento não iria causar nenhum prejuízo ao Erário, e lançou o valor exato necessário para cobrir a falta de recolhimento detectada nesta filial no Registro de Apuração de ICMS, conforme fl. 276 do PAF. Aduz que sequer foi emitido qualquer Nota Fiscal de transferência de crédito da outra filial. Anexou cópia do Registro de Apuração do ICMS de 02/2009, como também INC, fls.305 a 307, para comprovar que não houve recolhimento neste mês.

Infração 02 - No caso deste item, manteve parcialmente a infração, salientando que, conforme registro de apuração, fl. 54 do PAF, o valor a recolher em fev/2010 é R\$8.763,58 e o recolhido foi R\$7.643,33, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF e no mês de julho/2010 o valor a recolher foi de R\$54.283,20 e o recolhido foi R\$54.204,48, conforme registro de apuração fl. 69 do PAF e demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF. Com relação ao lançamento de dez/2010, admite que houve um equívoco e o mês correto é nov/2010, no entanto, diz que após constatação do equívoco no mês observou que o valor está correto, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF. Manteve parcialmente esta infração reduzindo o valor de R\$2.546,54 para R\$1.198,97, retirando a cobrança de 12/2010.

Infração 03 e 04 – Destaca que o autuado acatou os débitos apurados.

Infração 05

Frisa que apesar da NF 698 não ter sido localizada, constatou, através da defesa que o débito do ICMS foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009. Ou seja, na época o contribuinte verificou que aquele crédito era indevido e recolheu espontâneamente a diferença a qual acato. Com relação à NF 867, esclarece que foi utilizado o crédito, no entanto, a referida NF não foi localizada. Observa que, apesar de o autuado alegar que foi feito o débito na filial 05.697.368/0004-17, não existe o débito correspondente, conforme fl.312 a 322 do PAF. Acatou parcialmente a alegação.

Infração 06 – Destaca que sujeito passivo não comenta a infração.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.323 a 324, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal em 15/02/2012, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

Constam às fls. 326 a 328, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente a parcelamento do débito reconhecido no total de R\$2.439,49.

Posteriormente, em 19/03/2012, o autuado protocolou manifestação, fls.330 a 335, conforme

Processo SIPRO nº 046937/2012-5, argüindo o seguinte.

Destaca que na informação foram mantidas as infrações 01 e 06, e acolhidos parcialmente seus argumentos em relação às infrações 02 e 05.

Reiterou a preliminar argüida no sentido de que o lançamento encontra-se eivado de inúmeros vícios que o inquinam de nulidade e pela falta de segurança jurídica que o mesmo apresenta.

No mérito, quanto às infrações 01, 02 e 05, repete que os débitos apurados foram constituídos sem a observância das operações de transferências de crédito e débito entre estabelecimentos do próprio contribuinte (IE 59.784.610, IE 74.765.087; e IE 69.145.856).

Reitera que houve equívoco de sua parte na escrituração fiscal das suas diversas operações que resultou em refazimento de todos os seus registros fiscais e contábeis, inclusive que já apresentou novas DMA's, demonstrando que não houve prejuízo algum para o Erário.

Ponderando que quando vários estabelecimentos afins pertencem a um mesmo titular, como no presente caso, podem ser tratados em conjunto para efeito de garantia do crédito tributário e recolhimento do imposto devido, e é possível a transferência de créditos fiscais de ICMS ou de transferência de saldo devedor, de um estabelecimento para outro onde o lançamento fora feito de forma a apurar-se o saldo devido.

Ressalta que em momento algum houve aproveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS, mas tão somente mero equívoco nos registros fiscais na forma em que foram transferidos os mesmos, não havendo que se falar em falta de recolhimento de tributo devido, tampouco em prejuízo aos cofres públicos desse estado.

Sustenta que a transferência de crédito fiscal foi feita nos moldes do RICMS-BA, quando da correção dos movimentos fiscais, porém, o mero equívoco quanto à sistemática adotada, não se trata de omissão de operação nem tampouco de falta de recolhimento de tributo devido.

No caso sob exame, argumenta que provou, de maneira cabal, 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.

Transcreveu o artigo 114-A, §§ 1º e 2º do RICMS/97, para mostrar que é 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 ocorreu em alguns períodos.

Reafirma que o erro de escrituração não é fato gerador do ICMS e os créditos gerados, em que pese não terem sido, inicialmente, devidamente – formalmente transferidos, à primeira vista, eram todos devidos, conforme comprovam as DMA's originalmente transmitidas, em período anterior à autuação, tendo havido, pois, pagamento integral do imposto.

Chama a atenção de forma exemplificativa que no período de fevereiro de 2009, que na DMA original, a empresa havia recebido a título de crédito por transferência o valor de R\$16.672,76, e que sendo equivocadamente refeita a DMA, fez constar apenas o valor de R\$4.906,15 a título de créditos transferidos, observando que diante de tal erro, a DMA foi mais uma vez corrigida para apontar o valor correto de R\$16.672,76 como créditos transferidos (doc.fl. 347).

Diz que em virtude das DMA's originais, enviadas anteriormente à fiscalização e consequente objeto da autuação, apontar valores de transferência de créditos iguais ao das DMA's corrigidas, entende que deve ser aceito e considerado o presente refazimento da escrita fiscal.

Transcreveu o artigo 55 da Lei Federal nº 9.784, de 29/01/1999, que trata do processo administrativo federal, dizendo que o mesmo se aplica ao presente caso, bem como a jurisprudência no âmbito federal sobre a questão relacionada com aproveitamento de crédito fiscal escriturado indevidamente.

Com esses argumentos, sustentando que não houve qualquer falta de recolhimento do imposto, a exigência fiscal poderia ser convertida em penalidade por descumprimento acessória.

Finaliza pedindo seja decretada a nulidade do AI em preliminar, ou, no mérito, que seja anulado o presente lançamento em razão dos vícios acima apontados. 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, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

Conforme Acórdão JJF nº 0140-02/12 (fls. 356 a 364), o auto de infração foi julgado procedente em parte no valor de R\$39.961,50, sendo intimado o sujeito passivo, fls. 370 a 373, a efetuar o pagamento do débito ou interpor Recurso Voluntário.

Às fls. 375 a 384, o autuado, inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, apresenta Recurso Voluntário e, após fazer uma breve síntese dos fatos, reitera, preliminarmente, o pedido de declaração de nulidade do feito quando da apresentação da defesa.

No seu entender, os artigos 18 e 39 do RPAF restaram violados, uma vez que a descrição dos fatos que ensejaram o lançamento de ofício não evidencia com a devida clareza os ilícitos fiscais cometidos, de forma que lhe seja oportunizado, com segurança, o exercício do seu direito de defesa e ao contraditório.

No mérito, se insurge contra a Decisão proferida pela 2ª JJF relativamente às infrações 1 e 5.

Quanto à infração 1, que diz respeito à exigência de ICMS escriturado em livro próprio e não recolhido no prazo de vencimento, aduz que o lançamento decorreu da inobservância, por parte da fiscalização, da operação de transferência de créditos entre os seus estabelecimentos.

Esclarece que em decorrência da constatação de falhas em sua escrituração fiscal necessitou refazê-la. Ao assim proceder e transmitir a DMA retificadora relativa ao mês de fevereiro de 2009, deixou, por mero equívoco, de consignar na referida declaração o valor de R\$ 11.766,61, que recebeu em transferência de outro estabelecimento de sua titularidade, inscrito no Cadastro Estadual sob o nº 74.765.087, o qual fora escriturado no seu livro de Apuração do ICMS, na coluna “*Outros Créditos*”.

Para comprovar suas alegações junta às fls. 399 a 401; (I) cópia da DMA original, transmitida em 06/03/2009, que evidencia o lançamento na Coluna Outros Créditos no valor de R\$16.672,76. Afirma que deste montante, R\$4.906,15 decorre de ICMS devido por antecipação parcial e R\$11.766,61 de transferência de saldo credor de sua filial (II) cópia da DMA retificadora na qual se baseou a fiscalização, transmitida em 22/09/2011, que acusa na mesma coluna apenas o valor de R\$4.906,15; e (III) cópia de outra DMA retificada originalmente informado na coluna *Outros Créditos* – R\$16.672,76 – é restaurado.

Adicionalmente, carreia aos autos cópias dos livros de Apuração de ICMS dos estabelecimentos cedente (fls. 406 a 408) e cessionário (fls. 403 a 405) do crédito, os quais evidenciam nas colunas *Outros Débitos* e *Outros Créditos*, respectivamente, a transferência do valor de R\$ 11.766,61.

Pugna, afinal, seja reformada a Decisão de piso para que, reconhecido o erro material cometido, seja julgada improcedente a exigência.

Quanto o item 05 do Auto de Infração, alega que a Nota Fiscal de nº 867, no valor de R\$23.936,76, refere-se à transferência de crédito do estabelecimento inscrito no CNPJ sob o nº 05.697.368/0004- de para o estabelecimento autuado, inscrito no CNPJ 05.697.368/0002-55 17, operação que foi devidamente escriturada em sua escrita fiscal, conforme atestam os respectivos livros de Registro de Apuração de ICMS, cujas cópias foram anexadas às fls. 410 a 415.

Aduz que o julgador de primeira instância acatou expressamente as suas razões de defesa, mas que, incorreu em contradição, pois ao elaborar o demonstrativo de débito manteve a exigência.

Transcreve trecho do voto que diz comprovar a sua assertiva, requer seja sanada a contradição apontada e reconhecida a improcedência do lançamento, relativamente ao mês de março de 2010.

Traz ainda em suas razões de apelo mais dois pedidos, desta feita, relativos à aplicação das penalidades, quais sejam:

- (a) Adequação da penalidade cominada, relativamente à infração 6, da alínea “b” do inciso V do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para a alínea “a” do inciso VII do mesmo dispositivo. Aduz que a penalidade correspondente a 150% do valor exigido só haveria de ser aplicada na hipótese de constatação de procedimento adotado com o evidente intuito de fraude, o qual deve ser objetivamente comprovado pela fiscalização, fato que não se verificou no presente caso;
- (b) Cancelamento ou redução das penalidades aplicadas em razão de serem elas, no seu entender, exorbitantes e desproporcionais às infrações cometidas.

Consoante despacho de fl. 421, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS para análise e parecer do Recurso de Ofício e Voluntário.

Ao exarar o Parecer de fls. 421 a 422, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª Angeli Maria Guimarães Feitosa identificando a contradição apontada pelo Recorrente, e no intuito de evitar futura arguição judicial de nulidade do presente processo administrativo fiscal, opinou no sentido do retorno dos autos à primeira instância a fim de que seja proferido novo julgamento.

Conforme Acórdão CJF nº 0306-11/13 (fls.424 a 431), foi decidido por não unanimidade PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, e tornar NULA a DECISÃO expressa no referido Acórdão, retornando o PAF, para novo julgamento, a fim de que seja analisada a questão suscitada pelo Recorrente em relação à infração 05.

VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0306-11/13 (fls. 424 a 431), foi decidido por não unanimidade PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, com base no entendimento de que o voto proferido pela primeira instância foi omissivo ao deixar de apreciar argumentos trazidos em relação à infração 07.

Quanto a este processo, analisando a preliminar de nulidade suscitada na defesa, observo que não assiste razão ao patrono do sujeito passivo em sua alegação de que falta de segurança para se determinar as infrações e cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que:

- a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante, e respectivas folhas de notas fiscais e dos livros fiscais acostados ao processo, fls.12 a 216, identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram as exigências tributárias impugnadas. Portanto, a natureza das infrações está identificada, tanto que o autuado se defendeu adentrando no mérito das imputações.
- c) Residindo no campo das provas, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.
- e) Nas planilhas que embasaram a autuação, constam o motivo de cada infração, e estão em perfeita sintonia com os fatos narrados no corpo do auto de infração, possibilitando ao autuado exercer seu amplo direito de defesa, como de fato ocorreu.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito

ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Observo, ainda, que em virtude de comprovados, na defesa fiscal, equívocos no procedimento fiscal, a autuante ao prestar sua informação fiscal acolheu em parte tais equívocos, tendo prestado os devidos esclarecimentos necessários para uma conclusão sobre a lide, e trazido ao processo a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, e o autuado foi cientificado da referida informação fiscal, conforme intimação e AR dos Correios, fls. 323 a 324, e se manifestou. Assim, tendo em vista que a autuante atacou todas as questões arguidas na defesa, trazendo aos autos a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, acolho a conclusão fiscal constante na informação fiscal às fls. 300 a 303, para proferir o meu voto.

Portanto, quanto a pretensão do autuado para realização de diligência/perícia contábil, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, porque já se encontram nos autos todos os documentos necessários que uma decisão sobre a lide.

Antes de adentrar no mérito dos itens impugnados, verifico que inexiste lide a ser julgada em relação às infrações 03, 04 e 06, porquanto não impugnadas, o que tornam os débito inerentes a tais infrações procedentes, inclusive constam às fls. 326 a 328, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente a parcelamento do débito reconhecido no total de R\$2.439,49.

INFRAÇÃO 01

A imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$11.766,61, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.12.

Verifico que consta na cópia do Registro de Apuração do ICMS à fl. 18, o saldo devedor a recolher de R\$ 11.766,61, foi apurado pelo próprio contribuinte, e como não foi comprovado o recolhimento foi lançado o referido valor do auto de infração, conforme extrato do INC, fls.305 a 307.

Na defesa o autuado alegou que possui três estabelecimentos inscritos com IE nº 59.784.610; 74.765.087 e 69.145.856, que geram créditos, e que houve erro de escrituração nos citados estabelecimentos, resultando na omissão de lançamento de transferências de créditos.

Assim, sustenta que o valor acima é decorrente do fato de algumas notas fiscais de transferência de mercadorias, sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, não terem sido lançadas, e que todos os lançamentos foram refeitos e retificados, demonstrando que a empresa não efetuou pagamento no valor de R\$11.766,61, pois tinha recebido crédito da filial com CNPJ 05.697.368/0004-17, tendo juntado, para comprovar sua alegação acostou ao PAF, cópia do livro RAICMS 04 folhas 05 e 06, da empresa recebedora do crédito CNPJ 05.697.368/0002-55, e também, cópia do livro RAICMS 03 folhas 05 e 06 da empresa CNPJ 05.697.368/0004-17.

Comungo com a autuante no sentido que os autos demonstram que o autuado refez a escrita fiscal para comprovar que a falta de recolhimento não iria causar nenhum prejuízo ao Erário, e lançou o valor exato necessário para cobrir a falta de recolhimento detectada nesta filial no Registro de Apuração de ICMS, conforme fl. 276 do PAF.

A transferência de crédito fiscal entre estabelecimentos do mesmo titular deve ser feita na forma prevista no artigo 114-A do RICMS/97. No caso, como bem salientou a autuante, não foi apresentado qualquer documento fiscal de transferência emitido pela filial, conforme comprovam os documentos juntados na informação fiscal (Registro de Apuração de 02/2009, e INC, fls. 305 a 307, comprovando que não houve recolhimento neste mês). Mantido o débito lançado.

INFRAÇÃO 02

Neste item, o fulcro da autuação é de que houve recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.546,54, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, julho e dezembro de 2010.

No demonstrativo à fl.13 a autuante demonstrou como foram apuradas as diferenças, inclusive juntou às fls.14 a 85 cópias das folhas do Registro de Apuração do ICMS.

Examinando tais documentos, constato que realmente consta no registro de apuração, fl. 54 do PAF, que o valor a recolher em fev/2010 é R\$8.763,58 e o recolhido foi R\$7.643,33, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl. 309 do PAF, e no mês de julho/2010 o valor a recolher foi de R\$54.283,20 e o recolhido foi R\$54.204,48, conforme registro de apuração fl. 69 do PAF e demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl. 309 do PAF.

Conforme já comentado no item anterior, houve o refazimento dos livros fiscais para contemplar transferências de créditos fiscais de filiais sem a comprovação de emissão do respectivo documento fiscal. Por essa razão, não vejo como considerar os valores constantes nos documentos apresentados na defesa.

Com relação ao lançamento de dez/2010, a autuante admitiu que houve um equívoco e o mês correto é nov/2010, porém, o valor lançado está correto, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl. 309 do PAF. Subsiste parcialmente este item, reduzindo-se o valor de R\$2.546,54 para R\$1.198,97, correspondentes aos valores de R\$1.120,25 e R\$ 78,72, não subsistindo a exigência fiscal lançada no mês 12/2010. Observo que o autuado solicitou parcelamento do débito do valor de R\$1.202,49 (R\$824,04 + 299,73 + 78,72), conforme documento do SIDAT às fls. 305 a 307.

INFRAÇÃO 05

Trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.595,98, nos meses de janeiro, junho, julho, setembro, outubro, dezembro de 2009, janeiro a maio de 2010, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado.

Das notas fiscais que deram origem ao débito lançado e relacionadas às fls.101 a 102, o autuado impugnou as notas fiscais nº 698 e 867.

Quanto a NF 698, verifico que no demonstrativo inicial às fls.101 a 102, consta a referida nota fiscal, com um débito no valor de R\$8.925,60, porém, a autuante na informação fiscal concordou com a defesa dizendo que, apesar de não ter sido localizada a nota fiscal, consta que o débito do ICMS foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009, fl.291. Inclusive, no julgamento anterior foi considerada indevida a inclusão do referido documento fiscal, cabendo consignar que o valor do débito inerente ao mesmo foi excluído do demonstrativo do débito.

Portanto, restou comprovado que é indevido o lançamento do débito em relação a este documento fiscal, pois no demonstrativo às fls. 101 a 102, refeito na informação fiscal às fls. 312 a 313, a autuante não o considerou na apuração do débito.

Com relação à NF 867, débito no valor de R\$23.936,76, foi informado na defesa que não localizou esta nota fiscal, porém que ela se refere a transferência de saldo credor da filial com CNPJ nº 05.697.368/0004-17, tendo juntado como elemento de prova cópia do Registro de Apuração de ICMS às fls.277 a 279. Analisando referido documento, comungo com a autuante no sentido de que não deve ser acolhida esta alegação defensiva, pois não consta nenhum registro de saldo credor. Além do mais, o RAICMS apresentado na defesa se refere ao período de 01 a 28/02/2009, enquanto que a nota fiscal consta como emitida em 31/03/2010. Assim, deve ser mantido o débito inerente a este documento fiscal.

Item subsistente em parte no valor de R\$25.670,38, sem a inclusão da NF 698.

Quanto à dispensa da multa ou sua redução, apesar de o artigo 158 do RPAF-BA, atribuir competência da JJF para o seu atendimento, no caso em apreço, não pode ser acatado, tendo em

vista que não ficou provado, nos autos, que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento de tributo.

Quanto aos limites constitucionais das multas tributárias e nulidade suscitada sob alegação de que a multa aplicada de 50% é inócuia e desprovida de embasamento legal, não pode ser acolhida, tendo em vista que a infração apontada é relativa à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar e se adequa a tipificação prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96. Tal dispositivo prevê multa de cinqüenta por cento do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios. Portanto, ao contrário do que foi afirmado, a multa se coaduna com a infração apontada na autuação e é legal. Ressalto que nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA, a redução de multa decorrente de obrigação principal, é de competência da Câmara Superior do CONSEF.

Fica consignado, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que as multas são confiscatórias, as mesmas estão prevista no artigo 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96, portanto são legais. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$39.961,50, conforme demonstrativos abaixo:

INFRAÇÕES	VL.LANÇADO	VL.RECONHECIDO
1	11.766,61	11.766,61
2	2.546,54	1.198,97
3	442,69	442,69
4	88,54	88,54
5	34.595,98	25.670,38
6	794,31	794,31
TOTAL	50.234,67	39.961,50

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
28/2/2009	9/3/2009	69.215,35	17	50	11.766,61	1
28/2/2010	9/3/2010	6.589,71	17	60	1.120,25	2
30/7/2010	9/8/2010	463,06	17	60	78,72	2
30/12/2010	09/01/2011	-	17	60		2
30/01/2010	09/02/2010	2.497,47	17	70	424,57	3
30/03/2010	09/04/2010	106,59	17	70	18,12	3
30/01/2010	09/02/2010	499,53	17	150	84,92	4
30/03/2010	09/04/2010	21,29	17	150	3,62	4
30/01/2009	09/02/2009	223,06	17	150	37,92	5
30/06/2009	09/07/2009	1.646,88	17	150	279,97	5
30/07/2009	09/08/2009	5.300,94	17	150	901,16	5
30/09/2009	09/10/2009	-	17	150		5
30/10/2009	09/11/2009	34,18	17	150	5,81	5

31/12/2009	09/01/2010	149,24	17	150	25,37	5
30/01/2010	09/02/2010	96,82	17	150	16,46	5
01/03/2010	09/03/2010	161,29	17	150	27,42	5
31/03/2010	09/04/2010	141.064,00	17	150	23.980,88	5
30/04/2010	09/05/2010	377,47	17	150	64,17	5
30/05/2010	09/06/2010	1.948,35	17	150	331,22	5
30/04/2010	09/05/2010	4.672,41	17	150	794,31	6
			TOTAL		39.961,50	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293873.2909/11-8, lavrado contra **REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA. ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.961,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.993,28, 50% sobre R\$11.766,61, 70% sobre R\$442,69 e de 100% sobre R\$25.758,92, previstas no artigo 42, I, “a”, II “b” e “d”, V, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR