

A. I. N° - 295902.0305/14-0  
AUTUADO - MC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESTOFADOS LTDA.  
AUTUANTE - JACI LAGE SILVA ARYEETEY  
ORIGEM - INFAC ALAGOINHAS  
INTERNET - 12. 12. 2014

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0255-01/14

**EMENTA: ICMS.** 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Fato demonstrado nos autos. Alegação, sem provas, da regularidade dos pagamentos. Multa aplicada de acordo com a tipificação legal do fato. Mantido o lançamento. 2. LIVROS FISCAIS. a) ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. b) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fatos demonstrados nos autos. Alegação, sem provas, de erros no levantamento fiscal. Lançamentos mantidos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31.3.14, comprehende os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 484.714,85, com multa de 150%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$ 102.207,48, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado tributo no valor de R\$ 342.355,55, com multa de 100%.

O autuado apresentou defesa (fls. 375/378) alegando que os produtos industrializados e comercializados pelo seu estabelecimento foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme cópia da escrituração contábil. Transcreve o teor das imputações. Contesta os lançamentos, alegando que o agente fiscalizador levantou números irreais, desconhecendo pagamentos efetuados, que mesmo admite quando fez constar que houve recolhimento a menos, e impôs este Auto de Infração, imputando a responsabilidade com a aplicação do instituto jurídico da substituição tributária e por não considerar a legislação aplicável.

Quanto ao não recolhimento do ICMS retido (item 1º), reclama que o fisco pretende a cobrança do imposto retido, sem considerar que existiriam créditos pela aquisição de produtos que vieram a propiciar a confecções de colchões, estofados e até mesmo a espuma para outros fins, pois foram tomados os valores sem que se deduzissem os créditos, e isto trouxe a expressividade das importâncias apontadas no Auto de Infração. Considera que, por justiça, ter-se-ia que considerar o imposto já pago, conforme consta nas Notas Fiscais de entrada de mercadorias e teriam de ser deduzidos os valores encontrados para se ter o ICMS que seria devido.

Protesta também que na 1<sup>a</sup> infração foi aplicada multa de forma indevida, de 150%, não levando em conta que a multa seria equivalente a 60%. Pondera que, mesmo que se mantenha parte da irregularidade apontada, impõe-se que seja corrigida a multa aplicada, porque não há respaldo legal para incidir multa tão vultosa, ocorrendo verdadeiro confisco.

Impugna também o lançamento do item 2º, alegando que a infração não pode ser mantida, pois há falta de suporte fático. Diz ter ficado patente que o levantamento feito seria de acordo com a contabilidade da empresa e da escrituração que foi efetivada, porém a auditora alega que houve recolhimento a menos, mas não fez qualquer dedução, nem tampouco destacou o que foi efetivamente pago pela empresa.

No tocante à acusação de que teria deixado de ser recolhido o imposto em operações não escrituradas (item 3º), o autuado diz que isso não tem sentido e há contradição com as duas primeiras infrações, pois se indica que houve aproveitamento dos créditos fiscais, mas não se encontram as deduções nos levantamentos efetivados.

Considera que o rigor do fisco neste caso é injustificável e ilegal, impingindo o Estado, através de seu preposto, o pagamento de imposto e multa que não seriam devidos por não ter havido a hipótese de incidência, que seria a circulação da mercadoria, haja vista que o simples erro de contabilização não importaria sonegação e isto fica evidente nos próprios levantamentos efetuados.

Alega que os dispositivos do RICMS mencionados no Auto não foram violados, e sua aplicação resultará em letra morta, quando da apreciação do caso pela Justiça, em face da intenção de cobrar imposto pago por substituição tributária sem considerar o que já foi pago na aquisição das mercadorias que vieram a propiciar a industrialização e depois a comercialização de mercadorias.

Não considera possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto indevido.

Aduz que os documentos acostados à defesa deixam patente que não se depreende do Auto sequer presunção de sonegação por parte do autuado, pois este agiu de boa-fé e não contribuiu para que as supostas infrações pudessem acontecer, daí ter apresentado defesa como meio próprio de a administração tributária, através do Conselho de Contribuintes, reparar o erro.

Requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos já anexados, e outros que se fizerem necessários, para que, afinal, seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Pede a nulidade dos demonstrativos fiscais, em razão de macularem a legislação que rege a matéria, alegando que não pode o Estado usar dois pesos e duas medidas, aplicando as normas somente em parte, naquilo que prejudicaria o autuado, desprezando aquelas que acobertariam a indicação de falta de recolhimento e falta de antecipação. Ressalva o direito de apresentar razões em complemento às que foram protocoladas, considerando o previsto nas normas que regulam a matéria e em garantia ao princípio constitucional da ampla defesa, de modo que não se venha a arguir argumentações extemporâneas. Declara que os livros contábeis e as Notas Fiscais de entradas e de saídas estarão à disposição do fisco para conferência e constatação do engano quando da lavratura do Auto de Infração. Requer o direito de ser intimado de todos os atos do procedimento administrativo.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 381/386) dizendo que, examinando-se o processo, bem como os termos da impugnação, desprovida de qualquer documento comprobatório, logo se percebe que a mesma não passa de estratégia meramente protelatória, não tendo o autuado apresentado qualquer documento que ensejasse a correção do Auto, restando apenas analisar as argumentações e acusações infundadas.

Com relação ao item 1º, que acusa falta de recolhimento de ICMS retido, a auditora explica que, como a escrituração fiscal do contribuinte não retratava sua realidade operacional, buscou subsídios nos sistemas informatizados, inclusive no sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, que, em confronto com os dados da arrecadação, levaram à constatação da ocorrência de operações com retenção de ICMS não recolhido. Aduz que, dos livros apresentados pelo contribuinte, consta às fls. 263 a 362

cópia do Registro de Apuração do ICMS, o qual foi devidamente escriturado, o que se pode constatar através de consulta ao sistema de Notas Fiscais emitidas e recebidas, cujo CD com arquivo magnético se encontra anexo em envelope entre as fls. 261 e 263. Informa que no referido CD constam os DANFEs das Notas Fiscais de venda do autuado, cujos documentos por ele emitidos comprovam as operações de venda e os valores efetivamente retidos e cobrados de seus clientes, mas que não foram recolhidos. Considera que, diante da gravidade da situação, a multa é realmente mais onerosa, mas foi aplicada de acordo com a legislação. Assinala que o contribuinte observou os dispositivos regulamentares relativos à retenção do imposto, mas a mesma atitude não foi verificada com relação ao repasse dos valores ao Estado.

Quanto aos itens 2º e 3º, informa que os documentos relativas a compras e vendas do autuado não foram escriturados, e por isso “procedemos” à cobrança do tributo a partir da apuração do imposto normal “devido pela indústria”, tomando por base o destaque do ICMS nas Notas Fiscais de compra e venda e abatendo o valor do imposto efetivamente recolhido, ou seja, houve a necessidade de reconstituir-se a escrita fiscal pelos documentos de entradas e saídas, atribuindo-se os respectivos créditos fiscais, sendo que os valores das duas infrações foram consolidados no demonstrativo à fl. 77, os quais resultaram das operações acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas constantes nos demonstrativos às fls. 78 a 261, sendo que os documentos de compra, inclusive os créditos, estão especificados no demonstrativo às fls. 78 a 101, e os documentos de venda, inclusive os débitos, estão inseridos no demonstrativo às fls. 102 a 261. Aduz que, através do demonstrativo à fl. 77, pode-se observar a forma utilizada para apuração do imposto, inclusive a utilização dos créditos que foram destacados nas Notas Fiscais de compra, bem como o aproveitamento dos valores recolhidos, nos meses de abril a julho de 2011, observando-se também que o ICMS raramente pago não atingia o valor do débito, pelo contrário, estava bem aquém do montante que deveria ter sido apurado e recolhido.

Diz que, ao contrário do que alega o contribuinte em relação ao item 2º, para apuração do imposto devido foram considerados os débitos e os créditos destacados em documentos fiscais de entrada e de saída, bem como os pagamentos efetuados, sendo totalmente infundadas as argumentações e alegações do autuado.

Conclui dizendo que no levantamento fiscal não houve utilização de “dois pesos e duas medidas”, conforme alegou a defesa, e tal afirmação poderia ser mais bem aplicada quando o sujeito passivo segue a legislação para reter o imposto, mas se abstém de segui-la no momento de recolher o imposto retido.

Quanto à referência feita pelo autuado à sua escrituração, o autuante chama a atenção para as fls. 263 a 362, observando que o Registro de Apuração não estava escriturado, não tendo sido apresentados arquivos magnéticos ou outros que pudessem suprir essa lacuna.

Destaca que as multas aplicadas decorrem de previsão legal, e as infrações não foram levantadas em função de números irreais, pois o Auto se baseia em documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, constantes no sistema, podendo tais documentos ser visualizados nos arquivos gravados na mídia anexa.

Observa que o autuado cita documentos que teriam sido acostados, porém nada apresentou para comprovar suas alegações e acusações.

Acrescenta que o estabelecimento do autuado já não funciona no endereço constante no cadastro.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

Encontram-se em discussão nestes autos três lançamentos: um por ICMS retido e não recolhido, outro por recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores

do imposto, e outro por falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A defesa, numa espécie de preliminar, alega que os produtos comercializados pelo seu estabelecimento foram adquiridos junto a fornecedores regulares. Contesta os lançamentos, alegando que o agente fiscalizador levantou números irreais, desconhecendo pagamentos efetuados.

Ultrapasso essas objeções, porque não foi posta em dúvida a idoneidade dos fornecedores, e, quanto a eventuais erros no levantamento efetuado pela fiscalização, se houve, bastava que a defesa os apontasse, para as devidas correções.

Com relação ao item 1º, a defesa reclama que o fisco pretende a cobrança do imposto retido, sem considerar os créditos das operações anteriores. Ora, o que está sendo lançado neste caso é imposto que o autuado reteve de seus clientes e não recolheu aos cofres públicos. Quando o autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, procedeu à retenção do imposto devido por seus clientes, no cálculo da retenção foram abatidos os créditos relativos à chamada operação própria, segundo a sistemática do regime sumário de apuração do imposto. E, no fechamento de sua conta corrente fiscal, mês a mês, do imposto incidente nas operações próprias (saída) foram abatidos os créditos relativos às operações anteriores (entradas), segundo a sistemática do regime normal de apuração. Por conseguinte, é inócuia a alegação de que não foram considerados os créditos das Notas Fiscais de entradas de mercadorias. De acordo com as explicações prestadas pela autoridade autuante, o levantamento fiscal foi feito com base nos sistemas informatizados, inclusive no sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, tendo sido constatada a ocorrência de operações com retenção de ICMS não recolhido, conforme Notas Fiscais emitidas e recebidas, e nos DANFEs das Notas Fiscais de venda do autuado constam as operações de venda e os valores efetivamente retidos e que não foram recolhidos.

O autuado faz alusão a documentos que teriam sido acostados à defesa, alegando que tais documentos deixariam patente que não se depreende do Auto sequer presunção de sonegação por parte do autuado. Porém não foi anexada à defesa nenhum documento nesse sentido.

Quanto à alegação de que a multa seria de 60% e não de 150%, cumpre observar que a multa aplicada está de acordo com a tipificação legal: Lei nº 7.014/96, art. 42, V, “a” –150%.

Mantendo o lançamento.

Foram impugnados também os lançamentos dos itens 2º e 3º, alegando a defesa que, com relação ao item 2º, a infração não pode ser mantida, pois há falta de suporte fático, tendo em vista que a auditora acusa que houve recolhimento a menos, mas não fez qualquer dedução, nem tampouco destacou o que foi efetivamente pago pela empresa, e, com relação ao item 3º, que a imputação de falta de recolhimento de ICMS em operações não escrituradas não tem sentido e há contradição com as duas primeiras infrações, pois se indica que houve aproveitamento dos créditos fiscais, mas não se encontram as deduções nos levantamento efetivados. Considera que o rigor do fisco neste caso é injustificável e ilegal, impingindo o Estado, através de seu preposto, o pagamento de tributo e multa que não seriam devidos por não ter havido a hipótese de incidência, que seria a circulação da mercadoria, haja vista que o simples erro de contabilização não importaria sonegação e isto fica evidente nos próprios levantamentos efetuados.

Na informação, a auditora explicou que, no caso dos itens 2º e 3º, os documentos relativos a compras e vendas não foram escriturados, e por isso ela procedeu à cobrança do tributo a partir da apuração do imposto normal “devido pela indústria”, tomando por base o destaque do ICMS nas Notas Fiscais de compra e venda e abatendo o valor do imposto efetivamente recolhido, abatendo os respectivos créditos fiscais destacados em documentos fiscais, bem como os pagamentos efetuados.

Noto que a auditora fez a reconstituição da escrita fiscal, com base nos documentos de entradas e saídas, consolidando os valores das duas infrações no demonstrativo à fl. 77, os quais resultaram das operações acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas constantes nos demonstrativos às fls. 78 a 261, sendo que os documentos de compra, inclusive os créditos, estão especificados no demonstrativo às fls. 78 a 101, e os documentos de venda, inclusive os débitos, estão inseridos no demonstrativo às fls. 102 a 261.

Só há um reparo a ser feito neste caso: é que a auditora juntou num só demonstrativo os elementos atinentes aos itens 2º e 3º. Note-se que o demonstrativo à fl. 77 totaliza R\$ 444.563,03, que é a soma dos itens 2º e 3º. É de bom alvitre que em casos futuros se evite esse procedimento. Fatos distintos devem ser objeto de lançamentos distintos. Mas isso não implica nulidade do procedimento. O autuado não contestou os cálculos, nem alegou cerceamento de defesa.

O demonstrativo à fl. 77, intitulado “Apuração do ICMS Normal – Indústria”, serviu portanto de base para o item 2º, que cuida de erro na apuração dos valores do imposto, e para o item 3º, que cuida de operações não escrituradas. Observe-se que:

- a) o valor apurado na 3ª linha do demonstrativo à fl. 77 (R\$ 11.586,41) foi transposto para o item 3º do Auto;
- b) já os valores apurados nas linhas 4ª, 5ª, 6ª e 7ª foram transportados para o item 2º do Auto;
- c) e os valores das linhas seguintes foram transportadas para o item 3º.

Interpretando o demonstrativo à fl. 77, percebe-se que, quando houve recolhimento a menos, a auditora levou o resultado para o item 2º, e quando houve falta de recolhimento, o resultado foi levado para o item 3º.

O autuado aduziu que os documentos acostados à defesa deixariam patente que não se depreende do Auto sequer presunção de sonegação por parte do autuado, pois agiu de boa-fé. Ocorre que não foi apresentado nenhum documento à defesa nesse sentido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **295902.0305/14-0**, lavrado contra **MC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESTOFADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 929.277,88**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 102.207,48, de 100% sobre R\$ 342.355,55 e de 150% sobre R\$ 484.714,85, previstas no art. 42, incisos II, “a”, III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR