

PROCESSO - A. I. Nº 206922.0002/13-2
RECORRENTE - IRINEU & SUELI COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0028-02/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0018-12/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CALÇADOS. RECOLHIMENTO A MENOR. O levantamento fiscal resultou na apuração de diferenças decorrentes do confronto entre o valor do ICMS ST apurado pelo autuado e o valor por ela recolhido, conforme explicita a autoridade lançadora. A apuração das diferenças objetos do presente lançamento decorreu de valores apurados pelo próprio contribuinte e lançados em seu livro Registro de Entradas. Sendo assim, descabe alegar que houve majoração indevida da base de cálculo, pois não foi ato praticado pelo fiscal, mas registro extraído da escrita do próprio autuado. Autuada não se desincumbiu do ônus processual em provar que as informações da sua escrita fiscal estão incorretas. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência de imposto no montante de R\$294.753,02, acrescido da multa de 60%, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 28/06/2013 decorre de uma única infração cuja acusação é de ter o contribuinte efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de maio, setembro e dezembro de 2009, fevereiro, abril, maio e julho a dezembro de 2010. Imposto no valor de R\$ 294.753,02.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

VOTO

(...)

Quanto à alegação de necessidade de exame das notas fiscais de entrada para a apuração da base de cálculo do imposto, a diligência cumprida pelo autuante (folhas 162-B a 2793) supriu o alegado, revelando que a fiscalização, efetivamente, partiu do exame dos documentos fiscais indicados. Para o autuado, bastou a relação dos documentos, pois detinha a posse dos documentos originais, o que lhe permite examinar a nota fiscal, a qualquer momento. Assim, afasto a alegação de nulidade suscitada.

Quanto à necessidade de decomposição do valor apresentado em planilha, o autuante esclarece, quando da primeira informação fiscal, que, embora tenha recalculado o valor do imposto, no demonstrativo de débito (que embasou o lançamento) somente considerou o valor do imposto calculado e declarado pelo próprio contribuinte

em seu Livro Registro de Entradas. Por isso, não há necessidade de decompor o cálculo do imposto apurado, pois o valor já se encontra calculado na escrita fiscal da impugnante.

Rejeito, por isso, as alegações de nulidade suscitadas pelo contribuinte.

Quanto ao mérito, a acusação consistiu na prática de recolhimento a menor do ICMS substituição tributária por antecipação, conforme descreve a peça inaugural do lançamento.

O autuado nega a conduta que lhe foi atribuída, tendo afirmado que a metodologia de apuração da base de cálculo levada a termo pela fiscalização majorou indevidamente o tributo, ao não subtrair, do seu cálculo, o valor das mercadorias que não se encontram sujeitas à antecipação tributária, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua defesa, à folha 75, abaixo transcrito.

*“Segundo se deduz da planilha anexa ao Auto de Infração, o autuante parece ter utilizado um valor constante em cada período indicado nos Livros de Registro de Entradas para efeito de apuração da base de cálculo do tributo, **sem, contudo, subtrair o valor das mercadorias que não estão sujeitas à antecipação tributária** (grifo acrescido).*

*Ao assim proceder, **a base de cálculo do tributo restou indevidamente majorada** (grifo acrescido), posto que nela foram incluídos não só os valores atinentes às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, mas também as que não estão sujeitas a esse regime legal.”*

A questão a ser decidida refere-se, portanto, à metodologia levada a termo pela autoridade fiscal, e ao suposto equívoco, ao deixar de subtrair o valor da mercadorias que estão fora do regime da ST.

Pois bem, examinando os autos, é possível notar que o levantamento fiscal resultou na apuração de diferenças decorrentes do confronto entre o valor do ICMS ST apurado pelo autuado e o valor por ela recolhido, conforme explicita a autoridade lançadora, à folha 83 do presente processo, cujo trecho destaco abaixo.

*“...Como pode ser visto agora, em Memória Fiscal anexada, os valores por nota fiscal também foram analisados e considerados, sendo que **optamos pelos valores totais declarados pelo próprio contribuinte em seu próprio Livro Registro de Entradas**, o legalmente exigido para auditoria, e os valores de ICMS substituição efetivamente pago para a apuração da base de cálculo do imposto devido (grifos acrescidos). Não ficando assim nenhuma dúvida quanto à apuração dos valores devidos.”*

Assim, conforme declara o próprio autuante, a apuração das diferenças objetos do presente lançamento decorreu de valores apurados pelo próprio contribuinte e lançados em seu Livro Registro de Entradas (cópias às folhas 57 a 69), os quais foram circundados.

Sendo assim, descabe alegar que houve majoração indevida da base de cálculo, pois não foi ato praticado pelo fiscal, mas registro extraído da escrita do próprio autuado.

Ora, as informações extraídas da escrita do autuado fazem prova contra a mesma, conforme art. 226 do Código Civil, abaixo transcrito.

*Art. 226. **Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem** (grifo acrescido), e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.*
...

Assim, deve prevalecer como imposto devido o valor regularmente lançado na escrita da empresa Irineu & Sueli, salvo prova em contrário, do que o autuado não se desincumbiu.

Não se desincumbiu, igualmente, de provar a quitação da diferença do imposto apurado, restando como caracterizada a infração.

Diante do exposto, julgo procedente o Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 2.812/2.815 e anexo de fls. 2.816/2.866, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a Decisão emanada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

De plano, aduz erro de sistema. Diz que apesar de a acusação fiscal dizer de imposto recolhido a menor por antecipação tributária, tendo como base os uma relação constando valores coletados no Livro de Registro de Entrada, registra que embora intitulado de “valor a pagar”, os valores ali registrados não refletiriam o valor efetivamente devido, anotando que na dita relação, os números lançados são meras anotações num livro fiscal, sem qualquer respaldo documental.

Referindo-se ao trecho do voto que diz que “... a inobservância da norma contida no art. 214, inc. V do RICMS não tem o condão de invalidar o procedimento fiscal...”, registra que em atenção

aos princípios da isonomia e da própria justiça, a falha na escrituração de um livro fiscal pelo contribuinte deve ser também entendida como uma inobservância à norma contida no art. 322, do mesmo diploma, o que lhe sujeitaria ao pagamento de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Afirmando que “... *explicou como se deve fazer tal levantamento para a correta apuração da base de cálculo e do valor a recolher*”, diz que os julgadores de piso aceitaram como corretos os cálculos decorrentes de valores anotados pelo próprio contribuinte e lançados no Livro de Registro de Entradas. Nessa esteira, lembra que “... *no Livro de Registro de Entradas não está previsto nem contém espaço para a apuração de ICMS devido por antecipação tributária*”, concluindo que não se pode apurar o ICMS a partir do LRE.

Lembra que o próprio autuante, na sua Informação Fiscal, disse que embora tenha verificado o demonstrativo de cálculo por nota fiscal, optou pelos valores totais declarados pelo próprio contribuinte no LRE, donde se conclui que, de forma incorreta e sem respaldo documental, acabou por induzir a erro os Julgadores de primo grau, que concordaram com a impropriedade cometida, também com a inobservância do princípio da verdade material.

Entende que houve equívoco no posicionamento da Junta de Julgamento Fiscal quando consignou a desnecessidade de decompor o cálculo do imposto porque este já estaria expresso na sua escrita, o que teria o condão de elidir a acusação fiscal.

Diz da súmula nº 1 do CONSEF.

Aduz que para comprovar o pagamento correto do imposto devido por antecipação tributária no período de apuração, fez jungir ao seu Recurso Voluntário a memória de cálculo que foi entregue ao autuante no curso do procedimento fiscal, que no seu entender deveria ter sido ao menos conferida, pois, serviria de base para a correta apuração do imposto, quando restaria provado que recolheu imposto a maior no montante de R\$55.485,91.

Concluindo, requer que seja declarado nulo o Auto de Infração ou improcedente em sua totalidade.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Dr. José Augusto Martins Junior, exara Parecer colacionado aos autos, fls. 2.871/2.873, no qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Para a nulidade suscitada, atinente ao fato de não ter sido aposto nos livros fiscais o visto descrito na legislação, afirma que tal omissão não se traduz em situação ensejadora de nulidade, vez que a falta indicada foi suprida pela juntada das fotocópias do Termo de Abertura do livro Registro de Entradas e o Termo de Encerramento, além das anotações feitas no livro Registro de Entradas, tudo a determinar que não houve qualquer ofensa ao contraditório ou ao exercício da ampla defesa.

Quanto ao argumento de que não teriam sido considerados os documentos fiscais do recorrente, em favor da suposta análise restrita dos livros fiscais, diz que se alinha ao posicionamento dos julgadores da 2ª JJF, pois os documentos de fls. 162-B a 2793 dos autos comprovam que o lançamento foi realizado a partir dos documentos fiscais do próprio autuado, devidamente cotejado com valores por ele declarados no seu livro fiscal de entrada.

Aduz que a suposta divergência entre os documentos fiscais e livros fiscais deveria ser apontada de maneira específica pelo recorrente, pois os livros fiscais são formatados a partir de informações compiladas dos próprios documentos fiscais, como verdadeiro espelhamento. Lembra que o art. 319, do RICMS/BA preconiza que “*A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária*”.

Opina então pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamentos do dia 17/08/2015, após leitura do relatório e da sustentação oral por

parte do Advogado do recorrente, também verificado que o autuante na sua Informação Fiscal (diligência) apurou eventuais diferenças por amostragem, preferindo valer-se do LRE para lavrar o Auto de Infração, decidiram os membros da 2ª CJF por converter o feito em diligência à INFAZ de Origem - Autuante, fls. 2.875, nos seguintes termos:

- 1. Intimar o Sujeito Passivo para indicar, de maneira específica - nota fiscal a nota fiscal, onde estariam os erros aduzidos nas peças de defesa e recursal e atinentes ao desencontro entre os documentos fiscais e o LRE e que guardem correspondência com o lançamento combatido.*
- 2. Verificadas as divergências entre os dados das notas fiscais e os contidos no LRE, elaborar novo demonstrativo fiscal contemplando os números encontrados nos documentos fiscais apresentados pelo Sujeito Passivo, com a precisa e detalhada indicação do valor passível de exigência fiscal.*

Levada a efeito a diligência requerida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o autuante fez consignar às fls. 2960 que:

Atendida a diligência, o contribuinte apresenta, finalmente, argumentos, demonstrativos e valores que comprovam e elucidam os fatos. Após análise dos mesmos e constatação da veracidade e exatidão dos valores, consideramos desnecessário a elaboração de novos demonstrativos e consideramos o novo valor devido o apresentado pelo contribuinte, no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO- RETIFICADO constante à folha 2898 deste processo. O valor de R\$ 6.711,17 (Seis mil, setecentos e onze reais e dezessete centavos).

Às fls. 2.965/2.967, em última manifestação, o Contribuinte manifesta sua concordância com a conclusão da diligência, também informando que procedeu ao pagamento do valor dela resultante, acrescido das cominações legais.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0028-02/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação de haver o contribuinte efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

A tese recursal, em apertada síntese, suscita alguns pontos que teriam o condão de justificar ou mesmo elidir a acusação fiscal indicada na infração 1. Por primeiro, diz o recorrente que o desencontro entre os registros no seu LRE, que também deram azo à autuação, e os documentos fiscais (notas fiscais de entradas) derivam de erro ocorrido em seu sistema.

Quanto à alegação recursal de que teria ocorrido erro em seu sistema, em que pese entender que tal erro possa ter ocorrido, vejo que não foi carreado aos autos qualquer elemento que possa sustentar a alegação recursal, fazendo-me crer que o argumento posto não vai além de mera retórica, considerando que a alegação em análise requer demonstração por meio de prova.

Também aduz o recorrente que “... a inobservância da norma contida no art. 214, inc. V do RICMS não tem o condão de invalidar o procedimento fiscal...”, conforme exposto no voto condutor da Decisão recorrida, em atenção aos princípios da isonomia e da própria justiça, supriria a sua falha na escrituração de um livro fiscal, conforme norma contida no art. 322, do mesmo diploma.

Quanto a este ponto, por primeiro, vejo que se o fisco, de fato, cometeu falhas na apuração da infração ou mesmo na lavratura do Auto de Infração, contudo eventuais falhas foram devidamente supridas de maneira a que o Auto de Infração e os documentos que o fundamentam, em nenhum momento, atentam contra direito do contribuinte ao contraditório ou à ampla defesa, restando inócua a argumentação recursal. De toda sorte, ainda que restasse inobservado o quanto disposto no art. 214, do RICMS, eventual falha, de nenhuma maneira, autorizaria o Sujeito Passivo a deixar de observar e cumprir o que lhe é imposto como obrigação.

Refere-se o recorrente à nulidade do lançamento e da própria Decisão recorrida sob o fundamento de que os cálculos que levaram ao valor lançado, seriam incorretos, pois, privilegiam os dados escriturados e contidos em seu LRE, em detrimento dos documentos fiscais que justificam tais escriturações.

Primeiro, é relevante lembrar que os dados contidos no LRE do Contribuinte devem espelhar os documentos fiscais correspondentes, por óbvio, refletindo, em detalhes as informações de cada nota fiscal.

Quanto à alegação de que não se poderia apurar imposto com base no LRE, vejo que a alegação recursal deixa de considerar que o autuante valeu-se de diversos documentos fiscais do contribuinte, conforme Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos, restando claro que a acusação fiscal não deriva apenas do LRE, mas de um conjunto de elementos que sustentam a acusação fiscal, aí incluídos os demonstrativos fiscais que não foram contraditados pelo recorrente de maneira efetiva.

Quanto à desnecessidade de depuração dos cálculos elaborados pelo autuante, posicionamento exposto pela Junta de Julgamento Fiscal, de plano, vejo que não é motivo de nulidade da Decisão recorrida, conquanto a dita depuração fosse motivadora de diligência fiscal julgada desnecessária ante os elementos carreados aos autos, entendido que seriam suficientes à formação do convencimento dos julgadores de piso, com o qual coaduno e também nego eventual/subliminar pedido de diligência sob os mesmos fundamentos.

Isto posto, Entendo que não merece acolhida a tese de nulidade do lançamento, posto que a imputação é clara e os papéis de trabalho alicerçam as acusações fiscais, restando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 39 do RPAF/Ba, não se observando qualquer das hipóteses listadas no art. 18 do mesmo diploma, ou seja, não há dúvidas quanto à segurança da acusação fiscal, quanto aos valores constantes dos demonstrativos fiscais e que dão lastro à exigência fiscal.

Mesmo destino tem a suscitada nulidade da Decisão recorrida, pois, os julgadores de piso enfrentaram todos os pontos suscitados pela defendente, exarando Decisão absolutamente fundamentada, em pleno alinhamento com os comandos constitucionais, legais e infralegais.

Isto posto, nego acolhimento às preliminares suscitadas pelo recorrente.

No mérito, aduz que em verdade recolheu ICMS a maior, alegando que fez jungir aos autos a memória de cálculo que teria sido entregue ao autuante no curso do procedimento fiscal, registrando que tivesse sido feito o cotejo da referida memória de cálculo com os documentos fiscais restaria elidida a acusação fiscal e o recolhimento a maior do imposto.

Em que pese os elementos dos autos, os argumentos trazidos em sustentação oral pelo defensor do recorrente fizeram com que decidissem os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal por converter o feito em diligência para que fosse o Sujeito Passivo intimado a indicar, de maneira específica - nota fiscal a nota fiscal, onde estariam os erros aduzidos nas peças de defesa e recursal e atinentes ao desencontro entre os documentos fiscais e o LRE e que guardem correspondência com o lançamento combatido.

Intimado o Sujeito Passivo pelo autuante, foram colacionados aos autos as planilhas e documentos fiscais correspondentes, e que demonstram que a tese de que havia erros no levantamento fiscal, sustentada pelo Sujeito Passivo é parcialmente verdadeira, *ex vi*, conclusão do autuante que “...Após análise dos mesmos e constatação da veracidade e exatidão dos valores, consideramos desnecessário a elaboração de novos demonstrativos e consideramos o novo valor devido o apresentado pelo contribuinte, no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO- RETIFICADO constante à folha 2898 deste processo. O valor de R\$ 6.711,17 (Seis mil, setecentos e onze reais e dezessete centavos).

Isto posto, fundado no fato de que foram trazidos aos autos elementos que tiveram o condão de elidir quase que a totalidade do valor lançado, conforme expressa manifestação do autuante,

ACOLHO PARCIALMENTE as razões recursais para manter a exigência fiscal no montante de R\$ 6.711,17 (Seis mil, setecentos e onze reais e dezessete centavos).

Por tudo o quanto exposto, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário.

Em face do valor já recolhido pelo Contribuinte, deve a Repartição Fazendária competente promover a homologação correspondente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206922.0002/13-2**, lavrado contra **IRINEU & SUELI COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.711,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

RAIMUNDO ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS