

A. I. Nº - 279464.0003/15-3
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A
AUTUANTE - MARCO ANTONIO CARVALHO DE MATOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/05/2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0063-04/16

EMENTA: ICMS. 1. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DILATADO. b) USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO NAS SAÍDAS. MULTA PERCENTUAL. 3. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NAS ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. O autuado reconheceu e recolheu o débito lançado em todas as infrações com os benefícios legais. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 17/07/15, exige-se o ICMS no valor total de R\$119.999,10, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 – recolheu a menos o imposto, no valor de R\$10.697,72, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Multa de 60%;

Infração 2 – multa percentual sobre o imposto, que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no valor de R\$41.179,09, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização e devidamente registradas na escrituração, com saída posterior tributada normalmente;

Infração 3 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, multa no valor de R\$58.803,93;

Infração 4 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, multa no valor de R\$8.845,61;

Infração 5 – recolheu a menos o imposto, no valor de R\$472,75, em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, “*em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido*”. Multa de 60%.

O autuado apresentou defesa, reconhecendo, inicialmente, a procedência dos itens 1, 2 e 5 do lançamento de ofício e informando que está providenciando o recolhimento do débito com os “*benefícios de redução de penalidades a que se refere o artigo 45-A da Lei nº 7.014/96*”.

Quanto à infração 3, aduz que “*por não ter localizado documentos que justificassem a não escrituração de 04 notas fiscais que integram o lançamento correspondente à Infração 03, todas relativas à devolução de produtos [nºs 9208, 137347, 65399 e 419], a Impugnante optou por proceder ao recolhimento da penalidade cominada, cujo documento de arrecadação será posteriormente carreado aos autos*”.

Acrescenta que, *“embora não se possa negar que, de fato, as notas fiscais arroladas no demonstrativo que subsidia a exigência não foram escrituradas em seu Livro de Registro de Entradas, tais documentos não foram emitidos com o propósito de acobertar operações de entrada de mercadorias ou não dizem respeito a operações que traduzem "valor comercial", por não se tratarem de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, situações fáticas que, portanto, não se amoldam à hipótese prescrita pela norma punitiva em comento, sendo intuitivo concluir pela improcedência do lançamento”*.

Quanto ao fato gerador de outubro de 2014, alega que todas as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas têm como remetente a empresa M&G Polímeros do Brasil S.A, fornecedora habitual de insumos para seu estabelecimento.

Explica que tais notas fiscais acobertaram a venda de “polietileno tereftalato – resina PET”, com redução de 100% da base de cálculo do ICMS e foram todas registradas no seu Livro de Registro de Entradas, entretanto, cerca um mês depois, a empresa fornecedora, verificando que a redução de base de cálculo era indevida, promoveu a emissão de Notas Fiscais Complementares com o objetivo de proceder ao lançamento do ICMS devido ao Estado de Pernambuco, que não havia sido destacado nas notas fiscais que acobertaram as operações de venda do produto.

Prossegue dizendo que o procedimento corretivo foi adotado por seu fornecedor de forma unilateral, sem que tivesse sido comunicado antecipadamente, tendo sido, tais documentos, enviados para o *email* do próprio estabelecimento remetente.

Exemplificativamente, cita o DANFE nº 000.123.630 (Doc. 05) em que no campo de informações complementares consta expressamente que a Nota Fiscal se refere ao ICMS não destacado e preço cobrado na NF 122165 e, no mesmo campo é possível verificar ainda que o referido documento foi enviado para o *email* antonio.costa@gruppomg.com.br, ou seja, para o próprio emitente do documento fiscal.

Entende que, nesse caso, não há *“que se cogitar de entrada de mercadorias tributadas sem escrituração, já que tais notas, como evidenciado e devidamente comprovado, não foram emitidas com o propósito de acobertar operações de circulação de mercadorias, mas sim, e tão somente, com o intuito de promover o lançamento do imposto que outrora deixara de ser lançado, razão pela qual o lançamento de ofício não tem como prosperar”*.

Repete que *“apenas tomou ciência das referidas notas fiscais complementares no curso do processo fiscalizatório, uma vez que as mesmas jamais lhe foram remetidas via e-mail” e “tal fato foi objeto, inclusive, de áudio-conferência, formalizada através de e-mail trocado entre as empresas no dia 26/03/2015 (Doc. 06)”*.

Conclui que, *“não tendo restado configurada a hipótese legal que atrai a incidência da norma punitiva ora em análise, qual seja, a entrada de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal, requer a Impugnante seja reconhecida a improcedência da exigência correspondente às notas fiscais emitidas pela M&G Polímeros do Brasil S.A, no R\$ 57.742,33”*.

Quanto aos demais meses, argumenta que, como se pode constatar da planilha anexada a Impugnação (Doc. 07), a quase totalidade dos documentos fiscais, cuja exigência não diz respeito às operações abordadas no item precedente, não acoberta operações que traduzem “valor comercial”, expressão que integra o tipo tributário-penal, por não se tratarem de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, uma vez que tais “documentos se referem ao recebimento de amostras grátis, brindes ou retorno de para troca”.

Em seguida, apresenta “situações específicas que evidenciam a improcedência da exigência em razão das circunstâncias fáticas que nortearam as operações”, da seguinte forma:

1. Nota Fiscal eletrônica nº 251.594 (Doc. 08) – “o documento fiscal foi emitido pela ABB Ltda. em complemento de ICMS referente à NF nº 229.636 (Doc. 08), que efetivamente acobertou o trânsito de mercadorias e foi devidamente registrada. Da análise do referido documento é possível constatar que essa informação consta nas Informações

Complementares, bem como não há qualquer valor de produto ou mercadoria constante no respectivo documento. Não havendo entrada de mercadoria vinculada à NFe nº 251.594 não há o que se falar de infração. Ademais, assim como nos demais casos, o referido documento não lhe foi disponibilizado eletronicamente, que apenas tomou conhecimento da sua existência com a presente ação fiscal. Ao se consultar a NFe através da sua chave de acesso também é possível verificar que não há email cadastrado da Impugnante”;

2. Nota Fiscal eletrônica nº 9.873 (Doc. 09) – “o documento foi emitido pela SOFT Salvador Ltda., do qual apenas tomou conhecimento no curso da fiscalização. A empresa tentou contato para esclarecimentos com a empresa, mas não logrou êxito. A operação efetivamente realizada com a referida emitente foi formalizada através da NFe nº 9.682, devidamente registrada em seus livros fiscais e com o efetivo pagamento realizado, conforme comprovante de pagamento anexado (Doc. 09). Da análise dos referidos documentos fiscais é possível constatar que se referem aos mesmos itens (peças de reposição de um purificador de água) e no mesmo valor. Por outro lado, ao contrário das Informações Complementares constantes do corpo da NFe nº 9.682 que consta indicação correta de ponto de referência do estabelecimento Impugnante (em frente à fábrica da coca cola), a NFe nº 9.873 indica ponto de referência absolutamente estranho à sede de seu estabelecimento. Assim, apenas é possível concluir que: i) foram emitidos dois documentos em duplicidade para a mesma operação, ou; ii) a empresa emitente errou a indicação do destinatário relativo à operação indicada na NFe nº 9.873”.

Finalmente, afirma que, “no que se refere aos demais documentos fiscais, a Impugnante ainda busca identificar novos elementos probatórios que possam corroborar a tese ora sustentada”.

No que tange à infração 4, diz que está juntando planilha (Doc. 10) que detalha a natureza jurídica de cada operação, a fim de comprovar a improcedência do lançamento de ofício quanto a diversos documentos fiscais, da seguinte maneira:

1. *“NFE 1126 (Doc. 11) – Trata-se de documento fiscal emitido por Maria Isaira Valentim Menezes, relativo à aquisição de roupas para funcionários, que sequer chegou a ser entregue para a Impugnante, a qual apenas tomou conhecimento do referido documento no curso da ação fiscal, momento em que entrou em contato com o respectivo fornecedor e requereu o cancelamento da Nota Fiscal, oportunidade em que a mesma emitiu a NFE 1689 (Doc. 11) de devolução de entrada das mercadorias constantes da NF 1126, anulando assim a operação. Assim, como não houve circulação e efetivo ingresso de mercadoria no estabelecimento, não há o que se falar em cometimento de infração”;*
2. *“NFE 81264 (Doc. 12) – Trata-se de NF de complemento de ICMS, situação semelhante à relatada no tópico anterior da presente Impugnação. O referido documento fiscal não acobertou o trânsito de qualquer mercadoria, e foi emitido tão somente para complementar o recolhimento do ICMS pelo emitente, da operação registrada pela NFE 80418 (Doc. 12), essa sim que acobertou a operação comercial entre as empresas, e foi devidamente escriturada. Assim, não se referindo o respectivo documento fiscal ao ingresso de mercadoria, não há como sustentar o cometimento da infração ora impugnada”;*
3. *“NFE 878 (Doc. 13) – Trata-se de Nota Fiscal emitida em 10/01/2013 relativa à venda de Palet para a Impugnante. Entretanto, a referida mercadoria sequer ingressou no estabelecimento da empresa e foi devolvida ao seu remetente, razão pela qual foi emitida a NFe 883 em 14/01/2013 (Doc. 13) que se refere à devolução das referidas mercadorias”;*
4. *“NFE 1440 (Doc. 14) – As mercadorias constantes do referido documento fiscal não chegaram a ingressar no estabelecimento, sendo devolvidas pela Impugnante, conforme de comprova cópia do verso da nota fiscal com a informação do não recebimento em seu verso (Doc. 14), bem como email enviado pela empresa para o seu fornecedor*

informando o não recebimento em razão de os produtos estarem em desacordo com as especificações do pedido”;

5. *“NFE 1866 (Doc. 15) – Se refere à aquisição de 60 calças jeans usadas como fardamento para seus funcionários, no valor total de R\$1.821,00. Ocorre que a Impugnante solicitou a substituição do referido documento fiscal, para que a emitente fizesse o detalhamento completo de todas as mercadorias adquiridas, razão pela qual foi emitida a NFE 1874 (Doc. 15), com o completo detalhamento do pedido, e com a mesma quantidade de unidades e com o mesmo valor global. Ocorre que a emitente deixou de realizar o cancelamento da Nota, mas não pode a Impugnante ser punida por ato exclusivo de terceiro se consegue elidir a presunção legal de ingresso da mercadoria. E para não sobrar qualquer dúvida, a Impugnante promove a juntada também do pagamento realizado, bem como tela de consulta do seu contas a pagar relativo a todos os pagamentos realizados ao referido fornecedor, onde é possível verificar que no respectivo período (fevereiro/13), esse foi o único pagamento realizado pela Impugnante”;*
6. *“NFE’S 401.557/400.637/400.475 (Doc. 16) – Os três documentos fiscais se referem a consumo realizado por funcionário da empresa em viagem para o Estado de São Paulo, conforme comprova a Nota Fiscal de serviço de hospedagem respectivo (Doc. 16). A Impugnante apenas tomou conhecimento dos respectivos documentos fiscais quando do procedimento fiscalizatório, até porque as despesas foram pagas pelo próprio funcionário, entretanto, equivocadamente, o hotel emitiu a nota fiscal em nome da Impugnante. Por sua vez, ao consultar os respectivos documentos fiscais no Portal de NFe também é possível contatar que o email da empresa não está informado. Assim, constatado o referido equívoco, não há como subsistir a presunção de ingresso da mercadoria no estabelecimento da Impugnante”;*
7. *“NFE 2451 (Doc. 17) – Trata-se de NF emitida pela GRAFCOR em 03/05/2013 para aquisição de Etiquetas de Impressão, no valor de R\$ 69,00, conforme OS 1874. Ocorre que, no mesmo dia, a Impugnante ampliou o seu pedido ao fornecedor, solicitando a compra também de uma Placa de Impressão, no valor de R\$ 664,00. Entretanto, ao invés de emitir novo documento fiscal constando apenas o novo produto adquirido, a fornecedora emitiu a NFE 2453 (Doc. 17) incluindo novamente as etiquetas e a Placa de Impressão, e deixou de promover ao cancelamento da NFE 2451. Da análise da NFE 2453 que efetivamente acobertou o ingresso de mercadorias, e foi devidamente registrada, é possível constatar que o item de “Etiquetas” se refere à mesma quantidade, valor, e pedido (OS 1874), consistindo em equívoco cometido pelo fornecedor, que não pode acarretar em punição à impugnante. Outrossim, também promove a juntada do comprovante de pagamento da NFE 2453, no valor de R\$ 733,00”;*
8. *“NFE 934 (Doc. 18) – Trata-se de Nota Fiscal emitida incorretamente pela VB Security Service Ltda uma vez que em verdade a referida empresa prestou serviço de manutenção e conserto de uma cancela da Impugnante. O erro foi identificado e a respectiva Nota Eletrônica de Prestação de Serviço 1776 (Doc. 18) foi emitida em 10/07/2013 pela referida empresa, no mesmo valor da NFE 934 (R\$ 3.775,00). Entretanto, por erro que apenas pode ser imputável à VB Security Service Ltda, a mesma não promoveu ao respectivo cancelamento do documento fiscal. Entretanto, não restam dúvidas que não ocorreu operação acobertada pelo Regulamento do ICMS”.*

Referentemente aos demais documentos fiscais, informa que *“ainda busca identificar o motivo da falta de registro ou, ainda, identificar se, de fato, as mercadorias ingressaram no estabelecimento”.*

Prossegue dizendo, apenas para fins e argumentação, que se o CONSEF entender pela procedência das exigências objeto da presente impugnação, requer, com fulcro no § 7º do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96, que seja a penalidade cominada cancelada ou ao menos reduzida em 95%, em razão de a

suposta conduta infracional não ter sido cometida com dolo, fraude ou simulação e não ter ocasionado falta de recolhimento de imposto.

Discorre sobre a obrigação tributária e argumenta que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória deverá ocorrer apenas quando a falta de cumprimento da obrigação impeça ou dificulte a fiscalização do cumprimento da obrigação principal, o que não ocorreu neste caso, uma vez que a falta de escrituração decorreu de mero erro de procedimento.

Observa, ainda, que a falta de registro das notas fiscais arroladas pela fiscalização não acarretou falta de recolhimento do ICMS, porque: **i)** não há nos autos nenhuma exigência de ICMS vinculado às operações objeto das Infrações 03 e 04, e; **ii)** a quase totalidade dos documentos não acoberta operações de entradas de mercadorias ou não diz respeito a operações que traduzem "valor comercial", por não se tratarem de mercadorias adquiridas para fins de comercialização.

Reproduz a ementa dos Acórdãos CJF nºs 0195-11/15, 0172-12/15, 0242-12/15 e 0148-12/15, em que este CONSEF decidiu pela redução das penalidades aplicadas, razão pela qual pede o mesmo tratamento no presente caso, “vez que presentes, de forma indubitável, os requisitos previstos no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96”.

Finalmente, requer o julgamento pela procedência parcial das infrações 3 e 4, com as exclusão dos valores impugnados, e, subsidiariamente, pelo cancelamento ou redução da penalidade de caráter acessório.

Em sua informação fiscal, o autuante pontua que o próprio autuado reconheceu a falta de escrituração dos documentos fiscais relacionados nas infrações 3 e 4.

Sendo assim, entende que:

1. *“toda e qualquer NFe emitida: NFe de Entrada ou Saida, ainda que seja de correção de qualquer dos itens de NFe emitida anteriormente, deve ser devidamente registrada na escrita fiscal da Empresa, seja ela emitente ou destinatária”;*
2. *“a emissão de NFe de correção de uma NFe anteriormente emitida, independentemente do item revisado/corrigido/adicionado refere-se a operação ou prestação aludida na NFe original”;*
3. *“a empresa não pode alegar desconhecimento de NFe emitida por qualquer fornecedor e a ela destinada”.*

Quanto às notas fiscais especificamente citadas pelo contribuinte, afirma que não tem “nenhum comentário”. Por fim, mantém a autuação.

Às fls. 58 a 538, o sujeito passivo anexou aos autos uma petição requerendo a extinção do crédito tributário, sob a alegação de que já promoveu o recolhimento integral do valor lançado, consoante as planilhas que juntou.

VOTO

O presente auto de infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de cinco infrações.

O contribuinte, de imediato, reconheceu a procedência dos itens 1, 2 e 5 e recolheu o débito com os “benefícios de redução de penalidades a que se refere o artigo 45-A da Lei nº 7.014/96”, consoante os documentos acostados às fls. 103 a 106 dos autos.

Apesar de ter impugnado o lançamento do débito das imputações 3 e 4, o autuado decidiu efetuar o pagamento parcial da infração 3, de acordo com os documentos apensados às fls. 485 a 494 dos autos.

Posteriormente, “por liberalidade”, resolveu efetuar o recolhimento do débito remanescente das infrações 3 e 4, aproveitando os benefícios do “Concilia Bahia/Acordo Legal”, aprovado pela Lei

nº 13.449/15, como demonstrado nos documentos de fls. 507 a 509, 514 e 515 do presente processo administrativo fiscal.

Abaixo apresento um demonstrativo com as informações sobre os pagamentos realizados pelo sujeito passivo.

Infração	Valor histórico do débito	Pagamentos (fls.)	Tipo de Infração
1	10.697,72	103/106	ICMS
2	41.179,09	485/494	Multa
3	58.803,93	507/509; 514/515	Multa
4	8.845,61	507/509; 514/515	Multa
5	472,75	507/509; 514/515	ICMS

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (Concilia Bahia) e extinto o crédito tributário, no caso de ter havido a integralidade no pagamento do valor lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279464.0003/15-3**, lavrado contra **ENGEPAK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.170,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.697,72 e 100% sobre R\$472,75, previstas no artigo 42, incisos II, alínea "f", e IV, alínea "j" da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$41.179,09** e das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$67.649,54**, previstas no artigo 42, incisos II, alínea "d" c/c § 1º, IX e XI, da citada Lei e dos acréscimos moratórios, previstos na Lei 9.837/05 devendo ser homologados os recolhimentos efetuados pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (Concilia Bahia).

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA