

A. I. Nº - 140779.0002/15-7
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-04/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. O autuante reconheceu equívocos no lançamento, uma vez que se trata de aquisições brindes. Item insubsistente. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. O autuante reconheceu equívocos no lançamento. Item insubsistente. c) ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuante concordou, em parte, com os argumentos defensivos. Item parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de saídas, exige-se o imposto devido em razão da falta de emissão de notas fiscais. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. c) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. O contribuinte limitou-se a apresentar argumentos genéricos, sem apontar falhas porventura existentes no levantamento fiscal. Infrações procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/15, exige-se ICMS no valor de R\$311.517,68, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de R\$3.216,59, e multa de 60% (meses de abril e agosto de 2012);

Infração 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição para uso e consumo, no valor de R\$476,78, e multa de 60% (meses de abril, maio e junho de 2012);

Infração 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$25.809,50, e multa de 60% (período de janeiro a dezembro de 2012);

Infração 4 – falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2012), no valor de R\$66.707,05, e multa de 100%;

Infração 5 – falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado, a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhado de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2012), no valor de R\$30.958,75, e multa de 60%;

Infração 6 – falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2012), no valor de R\$184.349,01, e multa de 100%.

O autuado apresentou defesa, preliminarmente, suscitando a nulidade do auto de infração, “*por grave omissão*”, infração aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, “*publicidade, isonomia, dentre outros*”, uma vez que “*não apontou o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação*”, “*apenas de forma genérica indicou a artigo de lei supostamente infringido*”, não consta “*enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora Impugnante, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa*”, e, ainda, “*não delimitou qual ou quais às reduções, tampouco estabeleceu que lei(s) acobertava(m) a presumível redução*” (sic).

Conclui que “*em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações 04, 05 e 06, salienta-se que a imputação feita está, no mínimo, incompleta, e em dissonância com os fatos narrados pelo próprio agente autuante*”, “*e essa deficiência, decorrente da imputação de dispositivos legais genéricos, impossibilitou que a ora recorrente pudesse ter a perfeita compreensão da falta que lhe está sendo atribuída, de modo a exercer plenamente o seu direito de defesa*”.

O autuado apresenta, ainda, uma prejudicial de mérito, argumentando que, em relação às infrações 4, 5 e 6, “*foram utilizados itens que jamais poderiam fazer parte da base de cálculo para cômputo da imposição fiscal*” e “*quase a totalidade da base de cálculo das mencionadas infrações está comprometida, haja vista a não observância da legislação tributária estadual, em especial por incluir na base de cálculo, conforme minucioso estudo realizado pelo setor fiscal da impugnante (PLANILHA DETALHADA), vislumbra-se a incongruência da autuação*”. (sic) Pede a realização de diligência “*haja vista o forte indício de equívoco na auditoria fiscal*”.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, informa que adquire bens destinados à comercialização de produtos de materiais de construção em geral, bem como brindes para distribuição gratuita ao consumidor ou usuário final, apropriando-se dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Alega que o preposto fiscal cometeu um equívoco, haja vista que as mercadorias listadas na planilha que fundamentou o lançamento foram adquiridas como brinde/presente para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final, e, portanto, “*geram direito ao crédito do ICMS, em virtude do princípio fundamental da não-cumulatividade*”.

Discorre sobre o princípio constitucional da não cumulatividade e observa que muitas empresas, para divulgar e firmar sua marca, realizam a distribuição de brindes, diretamente, pelo próprio estabelecimento, ou por terceiros, que devem observar os procedimentos específicos para essas operações previstos no artigo 388 do RICMS/12.

Salienta que o dispositivo regulamentar acima citado prevê que a aquisição dos brindes, seja através de operação interna ou interestadual, deve ser tributada pela alíquota interna prevista para o produto, ou seja, a alíquota cheia, com direito a crédito e sem a obrigatoriedade de pagamento do imposto por diferença de alíquotas, e a saída dos produtos será igualmente tributada pela alíquota interna, observando-se os procedimentos descritos no artigo 389 do RICMS/12.

A fim de comprovar o alegado, diz que está colacionando as notas fiscais elencadas no auto de infração, ressaltando, ainda, que, na operação de entrada, creditou-se do ICMS à alíquota de 7% e emitiu nota fiscal de saída com alíquota a 17%. Pede a realização de diligência.

No que tange à infração 3, afirma que jamais descumpriu dispositivo legal editado pelo Estado da Bahia, sendo fiel cumpridor de suas obrigações legais e contratuais, aí compreendidas as obrigações fiscais e trabalhistas, bem como aquelas avençadas no âmbito privado junto a fornecedores e prestadores de serviço, e, nessa perspectiva, *“tal como evidenciado na presente peça, uma vez comprovado o creditamento do imposto entendido devido pela fiscalização, não merece prosperar o lançamento ora combatido”*.

No que se refere às infrações 4, 5 e 6, aduz que *“da análise do levantamento fiscal, pode-se constatar que a auditoria de estoque foi feita obedecendo aos ritos fiscais, ou seja, foram realizados os levantamentos dos estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, com fulcro nos demonstrativos acostados ao presente processo administrativo fiscal, tendo sido dado conhecimento de tais levantamentos ao sujeito passivo, com todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque, sem que o Fisco apontasse onde estaria a incongruência da infração em relação a este levantamento de estoque referente aos exercícios de 2011 a 2012”*.

Discorre sobre o processo administrativo fiscal, sobre a verdade material, sobre o princípio da legalidade e salienta que, *“no caso em examine, das infrações aplicadas, a presente impugnação se insurgiu contra as de nº 04, 05 e 06, haja vista aos documentos em anexo e na forma exposta, colaciona relatório (em CD) (Doc. 06), a fim de que reste totalmente comprovada a lisura da sua conduta”*. Requer diligência fiscal para a constatação dos fatos alegados.

Finaliza requerendo a improcedência do auto de infração, ou a realização de diligência *“para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa nobre Junta de Julgamento”*.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante rechaçou a alegação de nulidade dizendo que *“nosso sistema de lavratura de AI, o SEAI, justamente por questão de segurança jurídica, não permite a geração do AI sem o devido enquadramento e tipificação das infrações à legislação do ICMS, tanto que, no corpo da peça basilar fls. 01, constam de forma inequívoca os dispositivos legais infringidos, complementados com a indicação do(s) Anexo(s) e seus respectivos demonstrativos analíticos, que suportam o supra citado lançamento”*.

Informa, ainda, que a *“alegação da inexistência de anexo que preveja a redução de multa para pagamento, foi suprida com a apresentação da defesa, uma demonstração inequívoca da não intenção de pagamento, com ou sem redução das multas”*.

No mérito, quanto à infração 1, reconhece que o contribuinte tem razão, pois restou *“provado as emissões e respectivas escriturações no LRS (EFD), das NF`s de saídas, nº 376009 de 26/04/2012 e 3692 de 01/08/2012, cópias devidamente acostadas às fls. 82 e 85 do presente PAF, com os respectivos débitos de ICMS, referentes aos mesmo bens objetos das entradas creditadas indevidamente, portanto, estornando os mesmos”*.

Concernente à infração 2, diz que é procedente a impugnação, em razão das seguintes constatações:

1. restou comprovada *“a emissão e respectiva escrituração no LRS (EFD) da NF de saída nº 373837 de 11/04/2012, acostada às fls. 88 do presente PAF, com o respectivo débito de ICMS e plenamente vinculada a NF Entrada nº 3404”*;
2. *“quanto às NF`s 1368; 160990 e 80009, o que ocorreu foi inconsistências nas descrições dos itens na EFD, geradas pelo próprio contribuinte quando da informação dos respectivos registros (C170), induzindo-nos a erro no lançamento, pois a descrição constante nas respectivas NF de Entradas (EFD) e evidenciada no Anexo relatório, fls. 17, é “Produto Para Consumo Tributado”, portanto genérica e não passível de identificação, enquanto nas cópias das mesmas anexadas, fls. 98 a 100 e 107, os itens e suas respectivas descrições estão em concordância com o que prescreve a norma e referem-se realmente a brindes do fornecedor, portanto com direito ao crédito fiscal”*.

Referentemente à infração 3, afirma que procedem, em parte, as alegações defensivas, pelas seguintes razões:

1. *“apresentação de planilhas descritivas, contendo as informações pertinentes, a exemplo das fls.127 e 284, e das respectivas transcrições destes lançamentos no RAICMS(EFD) a título de estornos de créditos”*;
2. *“exclusão de mercadorias comprovadamente não sujeitas a ST, incluídas no AI em razão de inconsistências de descrições e de seus respectivos NCM`s, e posteriormente detectadas quando da produção desta informação fiscal”*.

Entretanto, mantém na autuação as notas fiscais com mercadorias enquadradas na substituição tributária com crédito indevido registrado no livro Registro de Entradas (Escrituração Fiscal Digital), *“em flagrante divergência aos espelhos dos lançamentos impressos acostados a peça da defesa”*, tudo de acordo com os demonstrativos em anexo.

Relativamente às infrações 4, 5 e 6, informa que consolidou as imputações *“em razão de o contribuinte ter optado pela consolidação da tentativa de impugnação destas no doc. 05, fls. 367, CD contendo diversas planilhas com novos levantamentos a partir de dados em grande parte divergentes dos existentes na EFD, portanto, gerando um resultado totalmente diferente do originalmente encontrado”*.

Por fim, ratifica a ação fiscal, lastreada *“em arquivos magnéticos (EFD) gerados e enviados pela própria empresa autuada, incluindo seus estoques, assim como nas informações contidas nas NFe Entradas, NFe de saídas”*, não podendo *“acatar levantamentos contraditórios, recheados de dados inseridos aleatoriamente, sem nenhum respaldo documental que os suportem”*.

Conclui que pela improcedência das infrações 1 e 2, pela procedência parcial da infração 3 e pela total procedência das infrações 4, 5 e 6 do lançamento de ofício.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal, reiterando, preliminarmente, a alegação de nulidade do auto de infração.

No mérito, mostra-se inconformado com o débito remanescente da infração 3, *“tendo em vista que foram apresentados documentos para comprovar a total improcedência do suposto débito tributário”*, tais como, *“cópias de algumas das notas fiscais, demonstrativos de estoque, para serem utilizadas como parâmetro pela fiscalização para cotejar com transparência a inequívoca existência de crédito tributário”*.

Pertinente às infrações 4, 5 e 6, entende que são insubsistentes, haja vista os documentos juntados em CD.

Requer a improcedência do auto de infração, ou a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, *“para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa nobre Junta de Julgamento”*.

O preposto fiscal, instado a se manifestar, ratificou “o teor integral da Informação Fiscal anterior, fls. 370 a 380 do presente processo”, por entender “que a tentativa de impugnação complementar apresentada, fls. 383 a 389 não traz nada que não já tenha sido apreciado anteriormente ou que venha a modificar o atual status do presente PAF”.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de seis infrações.

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Afasto, também, a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, tendo em vista que as imputações estão satisfatoriamente descritas; foi indicado o respectivo enquadramento legal referente a cada acusação fiscal; e foi mencionada a possibilidade de redução das penalidades sugeridas pelo preposto fiscal, de acordo com o que prevê a legislação pertinente, que a ninguém é dado desconhecer.

Embora o formulário de auto de infração devesse ser mais específico em relação aos percentuais de redução de multa e às situações em que isso poderia ocorrer, tal omissão não inquina de nulidade da autuação, pois não houve o alegado prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, o contribuinte demonstrou ter compreendido perfeitamente as imputações e se defendeu da forma que entendeu cabível.

O sujeito passivo ainda apresentou uma “prejudicial de mérito” em relação às infrações 4, 5 e 6, alegando que “foram utilizados itens que jamais poderiam fazer parte da base de cálculo para cálculo da imposição fiscal” e que a “quase a totalidade da base de cálculo das mencionadas infração está comprometida, haja vista a não observância da legislação tributária estadual”, porém não especificou que itens seriam esses e de que forma a base de cálculo do ICMS estaria comprometida. Sendo assim, rejeito tal argumentação.

No mérito, verifico que o próprio autuante acatou as provas apensadas pelo sujeito passivo, concernente às infrações 1 e 2 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente e para uso e consumo), porque ficou comprovado o lançamento a débito, no livro fiscal, dos valores creditados indevidamente e a existência de inconsistências nas descrições de itens na Escrituração Fiscal Digital, o que induziu a erro a autoridade lançadora. Dessa forma, acato a retificação feita e considero insubsistentes as mencionadas imputações.

Quanto à infração 3 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária), também acato a retificação procedida pelo preposto fiscal, ao reconhecer a existência de lançamentos, no livro fiscal pertinente, de estornos de créditos usados indevidamente e de mercadorias não enquadradas na substituição tributária.

Do mesmo modo, entendo correto o procedimento do autuante, ao manter na autuação as notas fiscais cujo ICMS foi objeto de crédito indevido registrado no livro Registro de Entradas (Escrituração Fiscal Digital), haja vista que se trata de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Em consequência, fica reduzido o débito da terceira infração para R\$13.473,85, de acordo com o demonstrativo abaixo (constante no *compact disk* anexado à informação fiscal - fl. 310):

Ano	Mês	Valor retificado
2012	1	39,33
2012	2	52,84
2012	3	3.642,05
2012	4	99,56
2012	5	157,66
2012	6	246,99
2012	7	40,57
2012	8	80,80
2012	9	112,52
2012	10	8.899,98
2012	11	90,94
2012	12	10,61
		13.473,85

Relativamente às infrações 4, 5 e 6 (levantamento quantitativo de estoques), o próprio contribuinte reconheceu que o trabalho fiscal foi realizado “obedecendo aos ritos fiscais” e que lhe foi dado conhecimento dos levantamentos.

Em sua impugnação, o autuado limitou-se a alegar a existência genérica de erros e a juntar cópias de notas fiscais e de um *compact disk* (fl. 367), no qual apresentou o resumo de um novo levantamento de estoques, porém sem indicar as notas fiscais de saídas e de entradas e, muito menos, apontar os eventuais equívocos cometidos pelo autuante. Sendo assim, mantenho os débitos lançados nas infrações 4, 5 e 6, haja vista que não foram objetiva e efetivamente contestados pelo sujeito passivo.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, excluindo os valores lançados nas infrações 1 e 2 e modificando o montante da infração 3, de R\$25.809,50 para R\$13.473,85.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0002/15-7**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$295.488,66**, acrescido das multas de 60% sobre R\$44.432,60 e 100% sobre R\$251.056,06, previstas no artigo 42, incisos II, alínea "d", III e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA