

A. I. Nº - 233080.0601/14-0
AUTUADO - JAZIEL DOS SANTOS GOMES (CENTER MÓVEIS E ELETROS) - EPP
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/05/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APROPRIAÇÃO RELATIVA A MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Falta de pertinência temática dos argumentos defensivos. Art. 140 do RPAF/99. Mantida a exigência. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Interposição de fato modificativo em face da imputação fiscal. Acolhimento parcial dos argumentos defensivos. Art. 274 do RICMS/12. Infração subsistente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO MENOS. Insegurança na determinação da irregularidade. Art. 18, IV, "a" c/c art. 20 do RPAF/99. Infração nula. Recomendação para repetição do ato de lançamento. Art. 21 do RPAF/99. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Ausência de impugnação específica do mérito da questão posta. Art. 140 do RPAF/99. Mantida a exigência. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui prova da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Da constatação no item anterior, é devida multa por descumprimento de obrigação acessória. Ausência de impugnação específica do mérito da questão posta. Art. 140 do RPAF/99. Mantidas as exigências. 6. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exige-se imposto por antecipação tributária, responsabilidade do próprio sujeito passivo (em função do valor acrescido) e na condição de responsável solidário. Ausência de impugnação específica do mérito

da questão posta. Art. 140 do RPAF/99. Mantida a exigência. Pedidos de nulidade não caracterizados e indeferidos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 05/06/2014, reclama ICMS e multa, no valor histórico de R\$35.885,42, em decorrência dos seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.05 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária". Valor histórico de R\$3.867,04. Meses de ago/12 e set/12. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 07.15.02 - "Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização". Valor histórico de R\$17.748,21. Meses de jan/12; mar/12; mai/12; jun/12; ago/12; set/12 e fev/13. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 07.01.02 - "Efetuiu o 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". Valor histórico de R\$603,28. Mês de jan/12. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - 04.05.01 - "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 espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico de R\$6.445,02. Mês de dez/13. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 5 - 04.05.02 - "Falta de recolhimento do imposto relata omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis". Valor histórico de R\$6.546,18. Mês de dez/12. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 6 - 04.05.03 - "Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado". Multa fixa de R\$50,00. Mês de dez/12.

INFRAÇÃO 7 - 04.05.09 - "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 parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada 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". Valor histórico de R\$625,69. Mês de dez/12. Multa de 60%.

Acrescenta o autuante que os lançamentos acima descritos estão em conformidade com as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS e demonstrativos juntados aos autos, fls. 6 a 89 e 91 a 356.

O sujeito passivo apresenta impugnação às fls. 360 a 368, requerendo, inicialmente, o envio de intimações e publicações seja destinado ao advogado SISENANDO PINTO DE CARVALHO NETO, OAB/BA 31.946, com endereço profissional na Rua Rui Barbosa, nº 236 – A, 1º Andar, Bairro Centro, Jacobina/BA – CEP: 44.700-000, sob pena de nulidade. Reporta sua insurgência nos seguintes termos.

Acosta, aos autos, cópias dos extratos de pagamentos, referentes às operações sujeitas à Antecipação Tributária, Código de Receita 1145, às fls. 367 a 373, para afastar a infração 1, tendo em vista o art. 309 do RICMS/12.

Suscita a improcedência da infração 2 em virtude do levantamento fiscal do autuante, à exceção daquele referente ao mês de mar/12, não contemplar o desconto de 20% previsto no art. 274 do RICMS/12. Quanto ao mês de mar/12, alega que o autuante não apresentou pagamento e, por isso, o lançamento não pode subsistir.

Requer o afastamento do lançamento relativo à infração 3, por não existir registro do documento fiscal consignado no demonstrativo fiscal do autuante, o que culmina no cerceamento do direito à defesa e contraditório.

Aponta lições doutrinárias, dispositivos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, artigos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia e decisões judiciais para alegar a ilegalidade, ilegitimidade e a nulidade dos lançamentos tributários descritos nas infrações 4 a 7 por falta de entrega dos respectivos relatórios fiscais do autuante. Destaca que não foi respeitado o art. 28 do RPAF/BA, pela ausência dos Termos: de Início de Fiscalização, de Intimação para apresentação de livros e documentos, de arrecadação e de Encerramento de Fiscalização. Afirma que toda operação de aquisição de mercadorias possuía o destino a revenda, tendo sido realizado respectivo pagamento do tributo, além de registrar a existência de erro no cálculo e na determinação do valor exigido.

Pede a improcedência do auto de infração, além da produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente juntada de novos documentos conferidos por originais, se necessário, depoimento pessoal, oitiva de testemunhas e demais provas, na forma da lei.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 375 a 378, na qual, após apresentar síntese dos fatos imputados e dos argumentos de defesa, apresenta contra-argumentação delineada na forma a seguir exposta.

Relata que a lavratura do auto de infração encontra-se dentro das formalidades exigidas pelo Capítulo IV do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99 e os enquadramentos tributários lastreados nos RICMS/97 e RICMS/12.

Afirma o descabimento da alegação do impugnante pelo fato de o imposto pago estar relacionado com as operações sujeitas à Antecipação Total, e não, à Antecipação Parcial. Para ele, o impugnante pagou e se creditou do ICMS Antecipação Tributária Total, conforme DAEs juntados às fls. 369 a 373. Transcreve o art. 290 do RICMS/12 para sustentar a sua assertiva.

Reproduz o art. 274 do RICMS/12, para afastar o argumento defensivo destinado à infração 2. Entende que a redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar. Relaciona números de protocolos referentes à Denúncia Espontânea para configurar os recolhimentos intempestivos.

Quanto à infração 3, não acolhe as razões do impugnante, em virtude do lançamento da Nota Fiscal nº 100282 da COTEMINAS S/A., procedente do Estado do Rio Grande do Norte, no valor de R\$5.568,67, com imposto devido, por antecipação tributária, de R\$603,28, conforme fls. 78 dos autos.

Sobre as infrações 4 a 7, afirma que não justificam as argumentações do autuado, pelo fato de os demonstrativos do levantamento quantitativo dos estoques estarem em conformidade com a Portaria nº 445/98 e com o RICMS/2012, juntados aos autos nas fls. 6 a 60.

Solicita, por fim, a manutenção integral do Auto de Infração.

Diante da ausência de assinatura do auto de infração, fl. 3, do recebimento, pelo autuado, dos demonstrativos relativos ao lançamento promovido, fls. 4 a 89; do recibo de arquivos eletrônicos, elaborado pelo autuante, fl. 357 e da Intimação da lavratura do mencionado auto de infração, fl. 358, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal - 5ª JFJ, em Pauta Suplementar, deliberou sobre diligência para a INFAZ de origem, fls. 385 e 386, com intuito de:

Intimar o autuado a respeito da lavratura do mencionado auto de infração, em consonância com os arts. 46; 108 a 110, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999;

Juntar comprovantes dos procedimentos adotados para a ciência do Auto de Infração e entrega dos demonstrativos relativos ao lançamento de ofício, fls. 4 a 89 e dos arquivos eletrônicos elaborados pelo autuante;

Oferecer prazo de 60 dias, ao contribuinte, na forma do art. 123 do RPAF/99, com a finalidade de apresentar nova defesa.

Ato contínuo, a INFAZ Jacobina expediu Termo de Intimação, fl. 388, no sentido da diligência exarada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal. Por seu turno, o impugnante não produziu qualquer manifestação, diante do envio do referido Termo e dos documentos relacionados a este PAF, através de Aviso de Recebimento - A.R. fl. 389.

VOTO

De início, analiso as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante.

Recomendo o envio das publicações e intimações futuras ao Mandatário do autuado. Destaco que os envios diretamente ao sujeito passivo não caracterizam vícios de nulidade, consoante previsão expressa do art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal em vigor - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Indefiro os pedidos relacionados à nulidade das infrações 4 a 7, em virtude das seguintes razões.

O Termo de Início para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 90, indica o início do procedimento fiscal, nos termos do art. 26, inciso III, do RPAF/99. O art. 28 deste Regulamento Processual determina a dispensa de lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Quanto à falta, nos autos, do Termo de Arrecadação, não enseja causa de vício de nulidade no presente PAF, diante da ausência de demonstração do efetivo prejuízo ao impugnante. Ademais, resta nítido o exercício do direito à defesa e ao contraditório pelo autuado, bem como a finalidade do ato foi atingida, qual seja a fiscalização das operações sujeitas ao ICMS, o que afasta a nulidade diante da disposição do art. 18, §2º, do RPAF/99.

Nos termos do art. 30 do RPAF/99, não cabe a alegação defensiva acerca da ausência do Termo de Encerramento de Fiscalização.

Os fatos constitutivos dos lançamentos encontram-se nos relatórios de fls. 06 a 60, de modo que houve oferecimento ao impugnante a possibilidade de exercer os direitos à defesa administrativa e ao contraditório, além de permitir apontar, de forma específica, equívocos e erros na determinação do tributo exigido.

Cabe registrar que a diligência exarada, pelo Órgão Julgador, possuiu o objetivo, justamente, de assegurar ao sujeito passivo, notadamente, o exercício da defesa administrativa e do contraditório. Todavia, não houve qualquer manifestação do autuado.

Contudo, ao compulsar os demonstrativos relativos à infração 3, fls. 78 a 89, verifico ausência da Nota Fiscal nº 100282 da COTEMINAS S/A., no valor de R\$5.568,67, documento indispensável para o cumprimento do ônus processual da acusação administrativa para a constituição do crédito tributário. Por seu turno o sujeito passivo não colaciona para sustentar seus argumentos cópia do livro Registro de Entradas do mês de jan/12. Diante da insegurança da infração decorrente da falta dos citados documentos, considero nula a mencionada infração nos termos do art. 18, inciso IV, alínea "a" c/c art. 20, do RPAF/99. Neste contexto, nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a repetição do respectivo lançamento, a salvo de falhas.

Os argumentos defensivos com base no art. 309, inciso II, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12 - RICMS/12, não possuem o condão de afastar a imputação descrita na infração 1, sob código 01.02.05, por falta de pertinência temática, posto que o mencionado dispositivo regulamentar refere-se às operações sujeitas à Antecipação Parcial, diferentemente da imputação fiscal voltada ao uso indevido de crédito fiscal decorrente de operações submetidas ao Regime de Substituição Tributária. Ao compulsar os comprovantes de pagamentos, acostados aos autos, verifica-se o Código de Receita 1145 relacionado com o imposto sujeito ao Regime de Substituição Tributária - Antecipação Tributária Total, e não Antecipação Parcial como entende o impugnante. Assim, aplico o art. 140 do RPAF/99, para considerar subsistente o respectivo lançamento, em face da falta

de comprovação, ônus do sujeito passivo, de fato modificativo, impeditivo ou extintivo da acusação formulada.

É pertinente em parte o lançamento promovido pelo autuante referente à infração 2, pois a concessão da redução fixada pelo art. 274 do RICMS/12 condiciona o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, o que não foi comprovado pelo impugnante. Verifico que, novamente, o sujeito passivo produz insurgência, de forma plena, em face dos fatos imputados descritos nos respectivos demonstrativos, fls. 64 a 77, que indicam a inadimplência tributária. Observo que esses demonstrativos não contemplam a redução prevista no art. 274 do RICMS/12. Neste contexto, constato ser inexigível a cobrança do tributo, exclusivamente, relativa às operações fiscais concernentes ao mês de jan/12, visto que não há imposto a recolher, ao considerar a redução de 20% prevista no art. 274 do RICMS/12, conforme quadro a seguir discriminado, com base no demonstrativo do autuante à fl. 64.

MÊS	ICMS APURADO A	REDUÇÃO DE 20% DO ICMS APURADO B = 20% * A	ICMS DEVIDO C = A - B	ICMS PAGO D	DIFERENÇA A RECOLHER E = C - D
Jan/12	8.297,46	1.659,49	6.637,97	6.736,10	(98,13)

Dessa forma, considero caracterizados os lançamentos dos meses de mar/12; mai/12; jun/12; ago/12; set/12 e fev/13, a totalizar R\$16.186,85, após a exclusão do montante de R\$1.561,36, referente ao mês de jan/12. Infração 2 subsistente em parte.

Aplico o art. 140 do RPAF/99 para considerar verídicos os fatos descritos nas infrações 4, 5, 6 e 7, em virtude da ausência de impugnação específica do mérito das questões postas. Em que pese a diligência exarada para entrega dos demonstrativos do autuante e reabertura de prazo de 60 dias, o sujeito passivo não ofereceu qualquer manifestação. Infrações mantidas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	PROCEDENTE	3.867,04	3.867,04	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	17.748,21	16.186,85	60%
03	NULA	603,28	0,00	-----
04	PROCEDENTE	6.445,02	6.445,02	100%
05	PROCEDENTE	6.546,18	6.546,18	100%
06	PROCEDENTE	50,00	50,00	-----
07	PROCEDENTE	625,69	625,69	60%
TOTAL		35.885,42	33.720,78	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2233080.0601/14-0**, lavrado contra **JAZIEL DOS SANTOS GOMES (CENTER MÓVEIS E ELETROS) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.670,78**, acrescido das multas de 100% sobre R\$12.991,20 e 60% sobre R\$20.679,58, previstas no art. 42, incisos III, II, "d" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo diploma legal, alterado pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a repetição da ação fiscal relativo infração 3, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR