

A. I. Nº - 298942.0901/14-0
AUTUADO - PAPERCLEAN COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HIGIÊNICOS LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.09.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-05/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal destacado a maior em documentos fiscal pelo destinatário, tendo sido respeitado o princípio da não - cumulatividade. Infração não elidida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração procedente. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. DECRETO 7.799/00. Infração procedente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS EM EXERCÍCIO FECHADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA SOBRE A MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Acatado os argumentos da defesa, inclusive com a retirada dos produtos “dispenser”, cujas saídas ocorreram por comodato. Infração procedente em parte. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O autuante retifica as quantidades o que reduz os valores das infrações. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2014, exige ICMS no valor de R\$80.573,52 em decorrência das seguintes infrações:

- 1 – Deixou de efetuar o recolhimento 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. ICMS no valor de R\$7.280,12 e multa de 60%.
- 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação. ICMS no valor de R\$1.578,75 e multa de 60%.
- 3 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$634,50 e multa de 60%.

- 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. ICMS no valor de R\$23,59 e multa de 60%.
- 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$647,35 e multa de 60%.
- 6 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Creditou a maior do imposto de mercadorias com saídas com benefício do Decreto 7.799 de 09/05/2000 (atacadista), conforme o Art. 6º do referido Decreto. ICMS no valor de R\$18.650,94 e multa de 60%.
- 7 – Falta de recolhimento do imposto relativo a 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. ICMS no valor de R\$51.640,24 e multa de 100%. Exercícios de 2012 e 2013.
- 8 – 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 das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$85,10 e multa de 100%.
- 9 – 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. ICMS no valor de R\$32,93 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 299 a 312, e inicialmente ressalta a sua tempestividade. No mérito, não aceita a imputação que lhe é atribuída, relativa à infração 07, posto que não tem qualquer fundamento, haja vista que não efetuou nenhuma operação comercial sem a emissão de documentos fiscais. Relata que lhe foi entregue, pelo auditor fiscal um demonstrativo (doc. Anexo 584 a 586) onde estão relacionados os produtos em que foram verificadas tais omissões, os quais se refere a “dispenser”, ou seja, produto destinado a condicionar as mercadorias que a empresa comercializa, não havendo qualquer tipo de revenda destes produtos e sim cessão em comodato. Aduz que estes produtos, que deveriam entrar como imobilizado, equivocadamente, foram lançados como mercadoria para revenda, ocorrendo a saída em remessa de comodato. A título exemplificativo, lista as saídas relativas ao produto código 6109, onde consta no relatório cedido pela fiscalização, a entrada de 540 unidades e nenhuma saída do produto. Nesse sentido lista as notas fiscais, referentes aos documentos (anexos 418 a 583). Conclui que para todos os produtos foram emitidos documentos fiscais, não cabe a hipótese de saída de mercadorias sem documentos fiscais. Outrossim, com a previsão legal acerca da não incidência nas operações de remessa de comodato, e comprovado que o contribuinte emitiu todos os documentos fiscais para acobertamento da circulação das mercadorias, não há que falar em cobrança de ICMS, muito menos em multa por infração à legislação.

Destaca que ocorreu equívoco nas unidades de medida utilizadas nas notas fiscais, algumas com “unidade” e outras com “caixas”, a título exemplificativo, relaciona notas fiscais referentes ao produto de código 493. Segundo o relatório do auditor fiscal, ocorreu a entrada de 250 unidades deste produto através da nota fiscal 297 de 28/01/2013 (doc. anexo 10), no entanto a saída fora somente de 10 unidades. Porém, como pode ser observado, no documento fiscal, (doc. 01 a 09), a unidade utilizada era “caixa” e cada uma possuía 25 unidades, convertendo esta quantidade de

caixas para unidades, temos então 250 unidades, e não há então, qualquer omissão.

Relata esta mesma situação com os produtos de códigos: 145, 1720, 7906, 7437, 7444, 7439, 7433, 7422, 7423, 7404, 7431, 7425, 7401, 7427, 53926, conforme documentos juntados, anexos 11 a 408. Informa que incorre na mesma situação os produtos de códigos 7420, 7424, 7532, 7534, e 7722, no entanto, devido a quantidade de documentos fiscais, tornou-se inviável a juntada de documentos. Coloca-se à disposição para fornecimento dos mesmos, caso necessário.

Com relação aos produtos de código 394563, consta que houve a entrada sem documento fiscal, novamente a informação não procede, pois conforme a nota fiscal 123858 de 30/11/2013, doc. anexo 409, o produto fora devidamente registrado no livro Registro de Entradas, havendo apenas equívoco em relação a classificação fiscal do código fiscal de operação que foi utilizado como destinado a consumo e o correto seria destinado a revenda.

Diante do exposto, evidente que o contribuinte não agiu com dolo, não efetuou operações sem o devido acobertamento de documentos fiscais, motivo porque esta infração deve ser considerada nula.

Refuta a multa superior a 25%, conforme novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, por proibição do confisco, tanto para multas como para quaisquer tributos. Ademais, durante a vigência da Constituição Federal de 1988, o STF teve oportunidade de enfrentar diversos casos em que se discutia, com base na proibição do não confisco, a constitucionalidade de multas fiscais em variados patamares. Entre os julgados de maior destaque, estão a ADI 551, de relatoria do ministro Ilmar Galvão e a ADI 1.075, de relatoria do ministro Celso de Mello, os quais explana. Recentemente o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em sede de Decisão Monocrática, proferida em 21/08/2013, nos autos do Recurso Extraordinário n. 754.554/GO, considerou inconstitucional a multa de 25%, cobrada pelo Estado de Goiás, de empresas que falsificam ou prestam informações erradas em notas fiscais do ICMS.

Assevera que o fiscal autuante ao utilizar somente as informações decorrentes das operações realizadas pelo contribuinte por meio magnético, sem contudo, confrontar estas informações com as informações constantes dos livros contábeis, balancetes de apuração/verificação, balanços, etc, cometeu um grave erro, no momento da fiscalização junto ao estabelecimento do contribuinte, não expressando o Auto de Infração a realidade contábil do contribuinte. Pede que seja declarada parcialmente nula a ação fiscal, objeto desta defesa administrativa.

Requer a produção de provas, com base no art. 123, parágrafo 5º e 6º do Decreto 7.629/99, e posteriormente, se ainda necessário, a produção de prova pericial.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 920/921 e após relatar as razões do defendente aduz que tem o hábito de sempre apresentar os levantamentos ao contribuinte, antes da lavratura do Auto de Infração. Naquela ocasião, ou seja, antes do lançamento ter sido efetuado, o argumento apresentado foi o mesmo, ocasião em que foi orientado que o procedimento correto seria lançar “dispenser” no ativo imobilizado e recolher o ICMS/diferencial de alíquotas. Ao invés disso, utilizou o crédito fiscal e lançou como produto para revenda. Assim, deveria emitir nota fiscal de saída para o ativo imobilizado e abater o imposto creditado. Como assim não procedeu, o produto foi incluído no levantamento de estoques, e exigido o ICMS devido. Assim, não se justifica a sua defesa.

Quanto às notas fiscais em que em diversos produtos ocorreram problemas na conversão de caixa para unidades, observando os documentos acostados, verificou que o contribuinte ao informar ao SINTEGRA, o fez de forma errada, não convertendo as caixas em unidades, ou vice-versa, e nesse aspecto o levantamento quantitativo de estoques ficou prejudicado.

Ademais, informa que perdeu o HD de seu computador pessoal por defeito, e nesse aspecto ficou prejudicado em apresentar novas planilhas do levantamento quantitativo de estoques. Apresenta em anexo resumos dos estornos, acatando a defesa do contribuinte. Informa que o produto 145, por constar no rol dos produtos da antecipação tributária, não é devido o ICMS na omissão de

saídas, e os produtos 7532 e 7534, não constam no levantamento quantitativo.

Reduz o valor da infração 07 na ocorrência de 31/12/2013, de R\$51.420,87, para R\$18.923,08.

A infração 08 passa a ser no valor de R\$7,56 e a infração 09 no valor de R\$4,77.

Informa que inequivocamente, o contribuinte comprova que informou dados da EFD - Escrituração Fiscal Digital, erroneamente, o que provocou erros no levantamento quantitativo de estoques. O erro foi admitido na peça de defesa pelo próprio contribuinte (denúncia espontânea). Nesse aspecto está caracterizada a infração, a entrega de arquivos com divergência/omissão, desde que não seja superior a 1% do valor das operações de saídas. Conclui que a não informação dos fatores de conversão, previstos no Registro 0220 da EFD foi no montante de R\$191.712,39 (omissão de saídas e de R\$456,12 (omissão de entradas). Resulta em R\$9.585,62, que corresponde a $R\$191.712,39 \times 5\% = R\$9.585,62$.

Opina pela redução dos valores das infrações 7, 8 e 09, e na aplicação da multa formal no valor de R\$9.585,62.

O sujeito passivo manifesta-se sobre a informação fiscal, fls. 928 a 933. Salienta que segundo o Auditor Fiscal, o Contribuinte ao informar o Sintegra o fez de forma errada, vez que não converteu as caixas em unidade e que isso prejudicou o levantamento quantitativo de estoque.

No entanto, sustenta que tal alegação não procede, pois o recorrente efetuou a devida conversão no arquivo SINTEGRA, conforme demonstrado no documento anexo. Conforme pode ser comprovado os documentos fiscais nºs 30.679 e 30.696 (docs. 12/13) contém a unidade de medida em caixa, porém no arquivo a unidade de medida fora convertida em unidade (docs. 10/11).

Desse modo fica evidente que o contribuinte não prejudicou o levantamento do estoque e não houve entrega de arquivos com informações erradas.

Consta ainda na informação fiscal que os produtos de códigos 7532 e 7534 não constam no LQE, no entanto conforme documento anexo (doc. 08) o produto 7534 consta no LQE de omissão de saída e o produto 7532 consta no LQE de omissão de entrada (doc. 05).

Motivo este que deve prosperar a impugnação referente aos referidos produtos, bem como o cancelamento da infração imposta.

Traz a inconstitucionalidade da “*reformatio in pejus*” nos recursos administrativos, haja vista que o Auditor Fiscal após reconhecer a redução do Auto de Infração em epígrafe, sugeriu a aplicação de multa por erro/omissão de informações em arquivos obrigatórios fornecidos ao Fisco. Tal fato caracteriza o chamado “*Reformatio in Pejus*”, ou seja, agravamento da situação do recorrente.

Segundo a Lei 12.209/2011 que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, diz:

“Art. 122 - Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, sempre que surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da penalidade aplicada.”

Parágrafo único - Da revisão do processo não poderá resultar o agravamento da sanção.” (grifo nosso)

Ou seja, a revisão do processo não autoriza o agente público de agravar a sanção, desta forma, a conduta do Auditor Fiscal caracteriza agravamento, tendo em vista que ele cria uma nova sanção. Corroborando com este entendimento o artigo 156 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto 7.629/99 diz: “Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.”

O legislador é taxativo, se houver necessidade de nova sanção, deverá ser instaurado novo procedimento fiscal, ou seja, deverá cumprir todo o procedimento previsto na legislação. A conduta praticada pelo Auditor não tem amparo legal, fere os princípios da Administração Pública.

Outrossim, este entendimento tem sido proferido nas decisões do Conselho de Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), conforme decisão proferida na 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0261-13/13 de 11/07/2013:

“EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Afastada a nulidade arguida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria quanto ao reenquadramento da multa.

Por outro lado assinalo que a majoração, já em sede de julgamento, do percentual de multa indicado em Auto de Infração que foi lavrado contra o contribuinte e do qual este se defendeu parcial e originariamente considerando uma multa de 50% prevista em outro dispositivo normativo e com outra capitulação legal diversa daquela objeto do novo percentual de multa citado, de 60%, esta majoração de pena caracterizar-se-ia como reformatio in pejus, situação que afrontaria o ordenamento jurídico, por inadmissível no Direito Penal-Tributário, e da qual sempre se buscou resguardar este Conselho de Fazenda Estadual e a administração pública como um todo.

E, ainda que parte da doutrina, em nível nacional, entenda que a reformatio in pejus não se caracterizaria quando a majoração da penalidade fosse de iniciativa do órgão acusador, na esfera penal, observo que além de tal entendimento restritivo quanto à caracterização da reformatio in pejus não ser unânime na Federação, também não encontra guarida no texto da Lei nº 12.209/11 - Lei do Processo Administrativo da Bahia - uma vez que ao tratar da punição para infratores na órbita administrativa traz o artigo 122 desta Lei:

... Assim, tratando-se de interpretação sistêmica da legislação baiana, e sendo esta Lei fonte subsidiária do processo administrativo fiscal neste Estado, a teor de seu artigo 186, depreende-se que o mesmo espírito que anima a não aceitação do agravamento da sanção quando se trate de irregularidade cometida por agente público, atinja o tratamento a ser dispensado aos sujeitos passivos da obrigação tributária, quando figurem como parte em lide que seja foco de processo, também administrativo, mas de ordem fiscal”.

Não existe nenhuma dúvida que a imposição de nova sanção em fase de julgamento imposta pelo Auditor Fiscal não deve prosperar, visto que tanto o ordenamento jurídico ou a jurisprudência são uníssonas em afirmar a ilegalidade do ato.

Por todo o exposto, requer:

- a) Seja declarado parcialmente insubsistente o auto de infração nº 298942.0901/14-0;
- b) Requer o cancelamento da infração nº 07 – 04.05.02;
- c) Requer a juntada dos documentos anexo;
- d) Requer a improcedência da nova sanção aplicada pelo Auditor Fiscal.

O autuante presta informação fiscal, fl. 948, e sustenta que a informação fiscal é clara e nos demonstrativos, especificamente no rodapé, consta que no exercício de 2013, os trabalhos foram realizados por meio da EFD onde foi mencionado o registro 0220. Além disso, acatou a defesa do contribuinte e reduziu o valor da infração em R\$32.497,79.

Solicitou a aplicação da multa de 5% sobre as divergências declaradas e comprovadas pelo contribuinte, nos arquivos da EFD, uma vez que a Ordem de Serviço está encerrada. Sustenta que não há agravamento da infração mas correção, adequação, por fatos supervenientes, declarados e comprovados pelo contribuinte (denúncia espontânea).

Alerta que o contribuinte ao mencionar arquivos Sintegra e anexar documento do mesmo arquivo, demonstra a intenção de confundir e distorcer fatos.

Quanto aos produtos 7532 e 7534, o autuado apresenta planilha que lhe fora apresentada antes da lavratura do Auto de Infração, para a sua pré-defesa. Destaca que na planilha constante do Auto de Infração, o mesmo não apresentou nenhum questionamento anterior. Ela encontra-se nas fls. 204 a 206 e fls. 275/276, sendo que nessas planilhas não constam os produtos mencionados.

O presente PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante procedesse ao que segue: (fl. 956)

Quanto à infração 07:

- Retire do levantamento quantitativo de estoques o produto dispenser, por não se tratar de mercadoria para revenda;
- Após o refazimento das planilhas, com as devidas correções, mantendo as exclusões anteriormente efetuadas pelo próprio autuante, deve ser elaborado também o demonstrativo de débito da infração.

O autuante, em atendimento à diligência, conclui: (fl. 959)

- às fls. 159, 175 e 280, (omissão de saídas e omissões de entradas), está mais que claro que houve venda do produto (CFOP 5102 e 6102), como também houve saídas em bonificação, doação ou brinde (5910).

Na informação fiscal mencionou que o contribuinte apropriou crédito das mercadorias, e que estornando os valores o mesmo vai se beneficiar de crédito indevido do imposto. Outrossim, também não houve o recolhimento do diferencial de alíquotas. Assim, seria beneficiado por duas irregularidades, em desfavor dos cofres públicos.

Conforme mencionou na informação fiscal, perdeu o HD onde realizou os trabalhos de fiscalização, e elabora o seguinte resumo, em cumprimento da diligência:

Infração 07:

31/12/2012 – Valor original R\$219,37, dispenser R\$47,77 (fl. 57) = R\$171,60.

31/12/2013, valor corrigido R\$18.923,08, dispenser R\$8.816,75 (fls. 204 e 205) = R\$10.106,33.

O contribuinte intimado por AR, e em seguida, por motivo de mudança, citado por Edital, fl. 965, não se manifestou.

VOTO

Destaco que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do disposto no Art. 39 do RPAF/99, e está acompanhado dos demonstrativos relativos às infrações, que se constituem em parte integrante do Auto de Infração.

No mérito o contribuinte reconhece o cometimento das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08, 09 e procede ao parcelamento das mesmas, consoante Relatório de Débito do PAF, fls. 953 a 954, emitido em 29/12/2014, pelo SIGAT – Sistema Integrado de Gestão de Administração Tributária.

Desse modo a presente lide restringe-se à infração 07, a qual, inconformado, o sujeito passivo delimita o objeto da peça de defesa.

Na infração 07 restou constatado, pelo autuante, por meio de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2012 e de 2013, que a sociedade empresária teria omitido saídas de mercadorias tributáveis, levando-se para o cálculo do imposto o maior valor monetário, qual seja, o das saídas tributáveis.

Os demonstrativos originais estão nas fls. 201/203 (lista geral das omissões), fls. 204 a 206 (lista de omissões – saídas de mercadorias maior que a de entradas). Nas fls. 207 a 210, (lista de notas fiscais de entradas); fls. 211 a 236, (lista de notas fiscais de saídas). Fls. 237 a 267, (preços médios das omissões de saídas).

Reclama o defendente que o item “dispenser” deve ser retirado do levantamento de estoques, posto que não se sujeitaram à mercancia, ou à revenda, mas as saídas ocorreram em razão de Comodato. Em decorrência do fato de que a sociedade empresária comercializa itens de produtos higiênicos, os dispenser, que servem para acondicionar estas mercadorias seriam fornecidos aos seus clientes, por meio de comodato. Neste caso, de tais produtos, “dispenser” cujas saídas ocorrem em razão de comodato, é aconselhável que o negócio jurídico seja documentado por contrato firmado pelas partes. Esses contratos não foram solicitados nem ofertados à fiscalização, mas, de fato consta nas notas fiscais, documentos de fls. 418 a 583, o CFOP 5908 “remessa de bens por conta de contrato de comodato – operações internas” e no CFOP 6908 – relativo às operações interestaduais. De fato, tratando-se de operações de comodato não incide o ICMS. Por meio desta análise, a Junta de Julgamento Fiscal, em diligência, solicitou que tais produtos fossem retirados do levantamento quantitativo de estoques, o que culminou em redução do valor do ICMS exigido no valor de R\$47,77 para o exercício de 2012 e de R\$8.816,75, no exercício de 2013, valores estes relativos à “dispenser”.

Embora o autuante não tenha acatado os argumentos, com relação à exclusão dos “dispenser”, no levantamento quantitativo de estoques, em razão do comodato, as justificativas apresentadas pelo defendente, tais como a utilização de crédito fiscal, e o não pagamento da diferença de alíquotas sobre tais produtos, estes não possuem o condão de desnaturar as saídas em comodato, e se houve tais irregularidades, estas devem ser apuradas em outra ação fiscal.

Destaca ainda o defendente que teria ocorrido equívoco nas unidades de medida utilizadas nas notas fiscais, algumas com “unidade” e outras com “caixas”, e a título exemplificativo, relaciona notas fiscais referentes ao produto de código 493. Segundo o relatório do auditor fiscal, ocorreu a entrada de 250 unidades deste produto através da nota fiscal 297 de 28/01/2013 (doc. Anexo 10), no entanto a saída fora somente de 10 unidades. Porém como pode ser observado, no documento fiscal, (doc. 01 a 09), a unidade utilizada era “caixa” e cada uma possuía 25 unidades, convertendo esta quantidade de caixas para unidades, temos então 250 unidades, e não há então, qualquer omissão.

Relata o contribuinte, esta mesma situação com os produtos de códigos: 145, 1720, 7906, 7437, 7444, 7439, 7433, 7422, 7423, 7404, 7431, 7425, 7401, 7427, 53926, conforme documentos juntados, anexo 11 a 408. Informa que ocorreu o mesmo com relação aos produtos de códigos 7420, 7424, 7532, 7534, e 7722, no entanto, justifica que, devido à quantidade de documentos fiscais, tornou-se inviável a sua juntada. Coloca-se, contudo, à disposição para fornecimento dos mesmos, caso necessário.

O autuante esclarece na informação fiscal com relação às notas fiscais, em que ocorreram problemas na conversão de caixa para unidades, que o contribuinte ao informar o SINTEGRA, o fez de forma errada, não convertendo as caixas em unidades, ou vice-versa, e nesse aspecto o levantamento quantitativo de estoques ficou prejudicado. Apresenta resumos dos estornos, acatando a defesa do contribuinte. Informa que o produto 145, por constar no rol dos produtos da antecipação tributária, não é devido o ICMS na omissão de saídas, e os produtos 7532 e 7534, não constam no levantamento quantitativo. Ademais, a planilha apresentada pela defesa é a que foi elaborada antes da lavratura do Auto de Infração e apresentada ao contribuinte para conferência, ou pré-defesa. O levantamento quantitativo definitivo está nas fls. 204/206, e 275/276, e nele não consta os mencionados produtos.

Aduz o defendente, com relação aos produtos de código 394563, que conforme a nota fiscal 123858 de 30/11/2013, doc. anexo 409, o produto fora devidamente registrado no livro Registro de Entradas, havendo apenas equívoco em relação a classificação fiscal do código fiscal de operação que foi utilizado como destinado a consumo, e o correto seria destinado à revenda. Contudo, esta arguição não tem relevância para o desfecho da questão, posto que tais produtos não estão abrangidos pelo demonstrativo de omissão de saídas, fls. 204 a 206 do PAF.

Após as correções efetuadas pelo autuante, inclusive com a retirada dos produtos “dispenser”, solicitada na diligência fiscal, a infração 07 no exercício de 2012, passa a ser no valor de R\$171,60, e no exercício de 2013, no valor de R\$10.106,33, no que acompanho pelas razões adrede expostas.

A infração 08 passa a ser no valor de R\$7,56 e a infração 09 no valor de R\$4,77.

Apesar de o autuante destacar que perdeu os dados do HD, ressalto que os demonstrativos das infrações 7, 8 e 9, estão anexos ao processo, em formato papel e o contribuinte os recebeu.

Quanto ao fato de que teria ocorrido erros na escrituração fiscal digital, vez que o contribuinte, erroneamente os informou, o que teria repercutido no levantamento quantitativo de estoques, no presente Auto de Infração, nesta ação fiscal não foi exigida multa por erro na escrituração fiscal digital. Portanto, somente em nova ação fiscal, tal fato poderá ser apurado, com a conseqüente lavratura de Auto de Infração, caso comprovada a irregularidade na Escrituração Fiscal Digital.

Quanto aos respeitáveis argumentos da defesa ao sustentar que a multa aplicada tem natureza confiscatória, cumpre-me dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto, haja vista que este órgão não tem competência para apreciar tais aspectos. A multa em comento tem previsão expressa na lei estadual que instituiu o ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0901/14-0**, lavrado contra **PAPERCLEAN COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HIGIÊNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.211,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$28.848,18 e de 100% sobre R\$10.363,03, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d”, VII, “a” e “b” e III, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR