

PROCESSO - A. I. Nº 206837.3005/16-4
RECORRENTE - LUCAS PIRES DE MORAES COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ªJF nº 0128-02/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0317-12/18

EMENTA. ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento parcial do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99, sendo que realizou pagamento dos valores exigidos decorrentes das infrações 1 a 5, fato esse devidamente comprovado através do acesso ao sistema SIGAT, no qual desiste da peça recursal. Considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 2ª JF, através do Acórdão JF Nº 0128-02/17 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 21/12/2016 para exigir ICMS e MULTA no valor de R\$53.927,40, além dos acréscimos moratórios, em decorrência de seis infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a infração 1 a saber:

***01 – 04.05.02** - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$39.363,20, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2011 e 2012), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 25 a 54.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide fundamentando seu voto conforme abaixo transcrito:

VOTO

Na peça defensiva o sujeito passivo arguiu a nulidade do auto de infração, com base na preliminar de que as notificações restam eivadas de nulidades, por deixar de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, inclusive que não há referência ao certificado digital, o que entende levar ao cerceamento de defesa do contribuinte.

O cerceamento de defesa se dá quando ocorre uma limitação e falta de clareza na produção de provas de uma das partes no processo, que acaba por prejudicar a parte em relação ao seu objetivo processual. Qualquer obstáculo que impeça uma das partes de se defender da forma legalmente permitida gera o cerceamento da defesa, causando a nulidade do ato e dos que se seguem, por violar o princípio constitucional do Devido Processo Legal.

Por sua vez, a legislação tributária prevê que deve ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal que não traz a certeza e liquidez do crédito tributário, em razão da ausência de provas materiais da acusação fiscal, ou quando, restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório. Portanto, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal.

No presente caso, analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não lhe assiste razão em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não

atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) Para a lavratura do auto de infração, o Autuante apresentou as provas e fundamentou o lançamento através de demonstrativos de fls.24 a 58 e CD à fl.60, elaborados com a especificação de forma clara e precisa dos dados extraídos nos documentos fiscais, e a motivação para aplicação das multas por descumprimento da obrigação acessória. Consta nos referidos demonstrativos a assinatura de preposto do autuado declarando que os recebeu, e à fl.59 um Recibo de Entrega de uma mídia digital contendo todos os relatórios da auditoria que resultaram nas conclusões fiscais, cujos referidos levantamentos demonstram as entradas, as saídas e o inventário, e quais valores foram utilizados para a determinação da base de cálculo e respectivos períodos que foram considerados no demonstrativo de débito.*
- b) Os demonstrativos da auditoria de estoque de que trata o item 01, fls.25 a 54, são claros e permitiram o autuado apontar eventuais erros, como se verifica em suas razões meritórias, ao arguir que o levantamento considerou mercadorias submetidas ao regime de ST, questão que será devidamente analisada por ocasião do mérito. Logo, tais demonstrativos são auto-explicativos.*
- c) Em relação ao enquadramento legal, foram citados os dispositivos legais que dão suporte ao lançamento fiscal de todos os itens da autuação, permitindo o entendimento das imputações, tanto que o sujeito passivo apresentou razões meritórias que demonstram o seu perfeito entendimento das imputações.*

Logo, não cabe a alegação de nulidade do auto de infração no que tange a exigência do imposto, e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas, pois ao contrário do alegado na defesa, foram observados os ditames legais e jurisprudenciais. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, possibilitaram ao autuado exercer seu amplo direito de defesa, inclusive apresentando seu levantamento para ser comparado com o da fiscalização.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade formal requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Pelo acima alinhado, quanto ao pedido do autuado de diligência revisora do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

No mérito, constato que das 06 infrações contempladas no Auto de Infração, diante do silêncio do autuado, não há lide a ser julgada sobre as multas aplicadas nas infrações 02 e 03, nos valores de R\$ 7,12 e R\$ 337,09, referente às imputações de falta de escrituração de notas fiscais tributáveis e não tributáveis, no Registro de Entradas, respectivamente, o que as tornam subsistentes.

Quanto à infração a 01 – 04.05.02 - falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2011 e 2012), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 25 a 54.

Conforme analisado acima, o autuado arguiu preliminar de nulidade formal, que não prosperou, visto que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, e seguiu estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando em qualquer violação que rege o processo administrativo fiscal.

Contudo, foi arguída preliminar de nulidade material, sob o fundamento de que não ficaram claramente demonstradas pela fiscalização, a infração mencionada, que inclusive entendeu o autuado ter dificultado sua defesa, e no mérito, alega que todas as notas fiscais apenas ao PAF são de operações com ICMS pago pelo regime de substituição tributária, estando encerrada a fase de tributação, e que, de acordo com o art. 356 do RICMS97, apenas caberia a multa de 1% do valor comercial das mercadorias pela falta de lançamento das notas fiscais.

Ressalto que a infração está caracterizada, visto que o próprio autuado declarou ter deixado de registrar as notas fiscais apontadas na autuação, inclusive pugnou pela transformação da imputação em penalidade formal de 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

Analisando tais alegações, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tal argumento não pode ser acolhido, pelos seguintes motivos.

O primeiro deles pelo fato de que a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, e mais ainda, trouxe o autuante, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a

infração, mais precisamente os respectivos demonstrativos às fls.25 a 54, e CD à fl.60 entregues ao autuado, consoante recibo de entrega à fl.59.

Examinando os levantamentos de fls.25 a 54, constato que nele constam mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e mercadorias do regime normal de apuração do ICMS.

Contudo, a apuração do débito levou em conta apenas as mercadorias do regime normal, quais sejam, bolsas, cintos, meias, mochila. Sendo assim, descabe completamente o argumento de aplicação de proporcionalidade sobre o cálculo do débito, visto que, a exigência fiscal foi calculada com base na omissão de saídas nos períodos fiscalizados.

Nestas circunstâncias, por restar caracterizada a infração e não ter os argumentos defensivos sido capazes para elidir a legitimidade da autuação, mantenho o lançamento deste item do auto de infração.

Quanto a infração 04 – 16.04.06, esta trata da aplicação de multa no valor de R\$ 140,00, cuja acusação foi descrita no auto de infração da seguinte maneira: “Escriturou livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares”. Contudo, consta no resumo denominado “Relação de Planilhas – Auditoria”, fl.24, que a infração diz respeito à escrituração com inconsistência do livro Registro de Inventário.

Já a infração 05 – 16.05.11, “Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA”, e no demonstrativo de fl.24, está descrita a motivação para aplicação da multa, qual seja, omissão e divergência de dados na DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS), nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada a multa no total de R\$280,00.

Na defesa o autuado não negou os fatos, se limitando a alegar que foram computadas por duas vezes ocorrendo o bis in idem, e dessa forma, diz que não há que prosperar as presentes penalidades aplicadas.

Mantenho o lançamento dos itens em comento, pois os argumentos defensivos não elidem a imposição das multas, visto que não há que se falar em bis in idem, por se tratar de penalidades distintas, pois, enquanto a Infração 04 teve por objeto o livro Registro de Inventário, a Infração 05 versou sobre a apresentação das DMA's com inconsistências e omissões de dados e informações.

Por último, em relação à infração 06 – 16.10.07 – “Contribuinte adotou o mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço simultaneamente, em um mesmo exercício”, no demonstrativo de fl. 24 está esclarecido que o fulcro da autuação é “Adotar Mesmo Código para Diferentes Itens ou Códigos Distintos p/Mesmo Item”, sendo aplicada multa no valor de R\$13.800,00.

Na informação fiscal o autuante informou que o autuado recebeu via e-mails (docs. fls. 43; 52; 53 do PAF) a relação de inconsistências e irregularidades relativas ao uso de códigos de mercadorias, tendo formalmente recebido e dado ciência na relação de irregularidades dispostas na Planilha 4 (docs.fls. 56 a 58).

Constato que, apesar de não constar nos autos tais e-mails, pois as páginas citadas se referem a outros demonstrativos, através da planilha 4, fls. 56 a 58, é possível identificar o cometimento da infração. Além disso, verifiquei na mídia digital de fl.60 que foi entregue ao autuado, que constam diversos e-mails solicitando correção de arquivos eletrônicos.

A multa foi aplicada com base no artigo 42, inciso XII-A, alínea “e”, “1”, “1.1”, da Lei nº 7.014/96, que reza in verbis:

Art. 42....

(....)

e) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais):

1. ao contribuinte que:

1.1. adotar o mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço simultaneamente, aplicada a penalidade por cada item de mercadoria associado a um mesmo código;

Na defesa o autuado sustenta que a presente penalidade foi aplicada por 10 vezes sem apontar devidamente os itens duplicados, e sem explicar qual o motivo de diferentes para tal classificação de itens na escrita, sustentando que ocorreu o bis in idem na aplicação das multas.

Analisando os demonstrativos às fls.56 e 58, constato que estão especificados os diversos produtos com códigos iguais e com descrição diferentes, em várias datas do exercício de 2012, foi aplicada a multa apenas com base em 10 itens ($R\$1.380,00 \times 10 = R\$13.800,00$), quando o correto seria aplicar sobre a totalidade dos itens duplicados. Além do mais, não consta na descrição do fato nem no aludido demonstrativo quais foram os itens que foram considerados para fins de cálculo da multa, o que caracteriza imprecisão na caracterização do fato e conseqüente cerceamento ao direito de defesa.

Nestas circunstâncias, com fulcro no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, impõe a nulidade deste item da autuação.

Sobre a alegação de que as multas e os juros são superiores ao previsto legalmente, não assiste razão ao defendente, visto que, a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal e acessória neste processo é prevista no artigo 42, III, IX, XI, e XVIII, “a” e “c”, da Lei 7.014/96, respectivamente, não cabendo nesta esfera de julgamento apreciar sua legalidade por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpõe Recurso Voluntário fundamentando sua defesa, especificamente, quanto a infração 1.

Alega a recorrente que o Auto de Infração está maculado com a nulidade, diante de vícios no lançamento fiscal, alegando a inobservância do fiscal autuante para o quanto disposto na Portaria nº 445 de 19 de agosto de 1998 e Art. 23-A, inciso II, da Lei nº 7.014/96.

Explica a recorrente que a acusação se refere a falta de pagamento do imposto na condição de responsável solidário por haver adquirido de terceiros mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem a respectiva escrituração - omissão de entradas.

Sinaliza a recorrente que, diferente do quanto estabelece as normas acima transcritas, o fiscal autuante apurou omissões de entradas e imputou responsabilidade solidária, com base em valores majorados e calculados tendo como base o custo unitário médio unitário de cada produto. Ocorre que, contesta a recorrente que a aplicação de MVA para fins de exigência de ICMS por responsabilidade tributária não é aplicável.

Entende que o fiscal autuante deveria ter apurado as omissões de entradas das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, calculando apenas o custo médio das entradas no último mês do período fiscalizado.

Conclui afirmando ser incabível a exigência com base em margem de valor adicionado, ou seja, sobre a suposta receita não contabilizada deveria ser exigido o imposto por responsabilidade solidária, sem agregação de qualquer percentual de MVA.

Afirma a recorrente que o indevido procedimento realizado pelo fiscal autuante na cobrança do ICMS por responsabilidade solidária seria apenas cabível na exigência do ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, visto que é apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado.

Finaliza suas razões de defesa concluindo que o levantamento quantitativo de estoque não levou em conta os corretos procedimentos no levantamento quantitativo, aduzindo que referidas ensejam a nulidade do lançamento com base no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

VOTO

Em que pese o minucioso relatório dos atos processuais acima mencionado, revelou-se prejudicada a análise das razões recursais ofertadas pelo contribuinte, na medida em que restou observado pelo Colegiado, em sessão ocorrida no dia 08 de outubro de 2018, o pagamento dos valores exigidos e previstos no julgamento do Auto em primeira instância.

Assim, verifica-se que, após o julgamento realizado pelo Colegiado de base, foi aplicada em desfavor do contribuinte recorrente a imposição das penalidades fiscais decorrentes das infrações 1 a 5, valendo ainda sinalizar para a declaração de nulidade da infração 6.

É que, após o julgamento e correlato oferecimento do apelo empresarial, resolveu o contribuinte realizar o voluntário pagamento dos tributos decorrentes das infrações 1 a 5, fato esse devidamente comprovado através do acesso ao sistema SIGAT.

Dessa forma, não me resta outra alternativa senão declarar PREJUDICADA a apreciação do recurso interposto pelo contribuinte, reconhecendo a competente quitação das infrações acima referidas, remanescentes do julgamento realizado em Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.3005/16-4**, lavrado contra **LUCAS PIRES DE MORAES COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA - EPP**, no valor de **R\$39.363,20**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$764,21**, prevista nos incisos IX, XIII-A, “e”, “1”, “1.1”, e XVIII, “b” e “c”, todos do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser cientificado o contribuinte desta decisão, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para a devida homologação dos valores pagos e arquivamento dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS