

PROCESSO	- A. I. Nº 110427.0006/15-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CONLAR MATERIAL ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0091-04/17
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/03/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0007-11/18

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS, DECORRENTE DO NÃO LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. A desoneração verificada no julgamento de primeira instância foi causada por erros materiais cometidos na elaboração dos demonstrativos das infrações 4, 6 e 8, reconhecidos pelo auditor fiscal, que revisou o lançamento de forma acertada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0091-04/17), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/12/2015 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$140.649,15, sob a acusação do cometimento de 08 (oito) irregularidades, das quais estão em lide apenas as de números 04 (quatro), 06 (seis) e 08 (oito), assim discriminadas pelo órgão julgador de primeira instância, *in verbis*:

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Período: exercícios de 2013 e 2014. Valor do ICMS: R\$9.876,10.

Infração 06 - Efetuou 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. Período: fevereiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do ICMS: R\$92.765,80.

Infração 08 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período: exercícios de 2013 e 2014. Valor ICMS: R\$4.257,27."

A Junta (4ª JJF) apreciou a lide no dia 01/06/2017 e decidiu unanimemente pela Procedência Parcial (fls. 526 a 535), nos termos abaixo reproduzidos:

“VOTO

(...)

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado argui que esta infração é parcialmente procedente por ter existido erro em relação á NCM dos produtos que cadastrou. Apresentou as NCM corretas que diz estarem escrituradas no campo como NCM PRODUTO. Este argumento foi aceito pelo autuante após análise dos documentos apresentados pelo impugnante. O ICMS exigido passou de R\$9.876,10 para R\$5.283,70.

Mais uma vez o autuado volta com o mesmo argumento, o qual foi rechaçado pelo fiscal autuante em nova análise realizada. No entanto, apresentou ele novo argumento, ou seja, que houve erro de calculo (o indicando) do levantamento apresentado pelo fisco, fato este aceito pelo fiscal autuante que diminuiu o valor de R\$5.283,70 para R\$5.227,42, valor este inferior ao apresentado pela defesa quando de sua manifestação que foi de 5.234,12 (fl. 465).

Diante destes fatos, mantida parcialmente a exigência fiscal no valor de R\$5.227,42 conforme demonstrativo de fl. 512 dos autos.

Infração 06 - Efetuou 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.

O autuado apresenta nove argumentos, trazendo documentação, para elidir, parcialmente esta infração. Destes nove argumentos, o autuante acata praticamente todos, com exceção (indicado neste voto pelos itens conforme defesa apresentada):

Item 01 – não foi aceita, corretamente, a exclusão da nota fiscal no 60019, já que por erro do sistema da auditoria fiscal o valor da diferença apurada no “Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas” no valor de R\$9.739,41, no mês de janeiro/2013, não foi transportada para a Planilha “RESUMO – Demonstrativo 1.3 – Antecipação Tributária – Entradas”, não sendo, assim, lançada no Auto de Infração, ou seja, não teve repercussão na exigência do imposto ora impugnado. Aceita a exclusão da nota fiscal no 13300, excluindo da autuação o valor de R\$1.415,74.

Item 04 – o autuante aceita o argumento de defesa em relação a nota fiscal no 3444, cuja MVA não é de 49%, e sim de 41%, de acordo com o Protocolo ICMS 104/99. No entanto em relação àquela de no 751152, constatou que a MVA foi corretamente aplicada. O autuado, quando de sua manifestação a respeito do saneamento realizado pelo fisco não mais se pronunciou sobre a matéria, o que demonstra a sua aceitação.

Item 06 - Em relação às notas fiscais de mercadorias que foram devolvidas no ato da entrega, por estarem em desacordo com o pedido, conforme afirma o impugnante, o autuante não aceita tal argumento, uma vez que ao analisar os documentos apensados à defesa, não há uma só nota fiscal que demonstre esta situação. O autuado, quando da sua segunda manifestação, não mais apresenta qualquer argumentação a este respeito.

Razão assiste neste caso ao fiscal autuante já que seria necessária a apresentação de prova do retorno das mercadorias, fato que não se desincumbiu a empresa autuada.

Item 07 – impugna o autuado as notas fiscais no 77868, 80369, 86627, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 209092, 77054, 183696, 297320, 51510 e 4415, já que diz acobertadores de produtos referente a outras entradas de mercadorias não destinadas a revenda, como: Simples Remessa, Mercadoria para Demonstração, Mostruário e Amostra Grátis. O autuante afirma que tais documentos fiscais não indicam se tratarem de operações de venda de mercadorias, todos os produtos ali incluídos são tributáveis pelo ICMS e estão sujeitos ao regime de substituição tributária (tributadas na origem). Ressalta de que na maioria dos casos, envolvem quantidades volumosas até de mais de duzentas unidades e valores expressivos que, apesar de não terem sido provenientes de operações onerosas, nas entradas, justificam saídas de cunho comercial.

Quando de sua segunda manifestação a empresa se insurge em relação àquelas de nos 1.124.290, 121431, 1.138.883, 1.142.179, 1.155.162, 125.350, com CFOP 6912 (Remessa de mercadoria ou bem para Demonstração) afirmado serem produtos para exposição na loja que não envolvem quantidades volumosas, mas sim, uma unidade de cada produto, portanto não caracterizando saídas de cunho comercial, afora que não se creditou do ICMS, por ocasião da entrada das referidas notas.

Neste caso, razão assiste ao fiscal autuante. O enquadramento de uma mercadoria no regime da substituição/antecipação tributária independe do tipo de operação comercial realizada, inclusive os produtos foram tributados normalmente na origem. Assim, mesmo que as mercadorias sejam para demonstração, nada impede que tenham outra destinação, razão porque, estando incluídas na substituição tributária, o imposto é devido na entrada do produto, como define a legislação do ICMS. Além do mais, a suspensão do imposto nas operações para demonstração é prevista somente quando da saída interna e retornos da mercadoria, como determina o inciso IV do art. 280, do RICMS/12. E, para concluir, o fato da empresa não ter tomado o crédito fiscal, observo que ele, pelas determinações legais, assim não poderia fazer, pois crédito a ser abatido quando do cálculo do imposto por substituição/antecipação tributária. Quanto à nota fiscal nº 13.966 CFOP 6949 (Simples Remessa Reposição) para reposição de produto avariado, a mesma regra deve ser obedecida. Em assim sendo, comungo com os argumentos apresentados pelo fiscal autuante.

Item 08 – o autuante concordou que a nota fiscal no 101193 havia sido lançada em duplicidade no levantamento fiscal. No entanto, este fato não teve repercussão na exigência do imposto ora impugnado pelo erro no programa da auditoria fiscal.

Por tudo ora exposto, a infração 06 é mantida parcialmente no valor de R\$37.571,80 conforme demonstrativo de débito á fl. 513 dos autos.

(...)

Infração 08 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Diz o impugnante de que a maioria das notas fiscais encontrava-se devidamente escriturada. Anexa cópias dos

livros de Registro de Entradas, Demonstrativo T/I – Modificado pela Empresa e Demonstrativo C – Modificado pela empresa e reconhece como devido o valor de R\$1.317,33.

O autuante, corretamente, observa que os livros fiscais apresentados pelo defendante não poderiam ser aceitos, pois não mais os legais, já que a empresa, no período autuado, já se encontrava obrigada ao uso da EFD. No entanto, revisou todo o seu levantamento, fazendo batimento, novamente, com o livro Registro de Entradas da empresa informado através do SPED fiscal. Nesta revisão constatou de que diversos documentos fiscais, de fato, se encontravam escriturados. Diminuiu o valor do imposto desta infração de R\$4.257,27 para R\$1.643,61 que não mais foi contestado pelo defendante.

Infração mantida parcialmente no valor de R\$1.643,61.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$78.912,81, conforme a seguir indicado. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores efetivamente recolhidos ao Erário”.

[Planilha de fl. 535].

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 4ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0091-04/17.

VOTO

A infração 4, que trata da falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, sofreu duas revisões.

A primeira em virtude de o sujeito passivo ter logrado êxito em comprovar, no tocante a alguns casos, que, ao emitir as notas fiscais, utilizou dois campos para o registro dos códigos NCM/SH, um correto e outro incorreto, tendo sido levado em conta (pelo auditor) o incorreto.

Naquela oportunidade, em sede de informação fiscal, a exigência foi alterada, de R\$9.876,10 para R\$5.283,70 (fl. 265). O autuante, ao analisar o CD de fl. 221, constatou, corretamente, que algumas operações qualificadas por ele como tributáveis, na lavratura do Auto de Infração, na verdade, sujeitavam-se ao regime da substituição por antecipação tributária (vide fl. 224).

Posteriormente, ao comentar a manifestação do recorrido, o responsável pela elaboração do lançamento de ofício reconheceu que *“por uma falha no programa excel, ou coisa semelhante, algumas exclusões não foram deduzidas no demonstrativo, quando da operação aritmética, alterando assim o resultado daquele mês”* (janeiro de 2013; fl. 476).

Com a nova correção, o valor do item 4 foi novamente modificado, de R\$5.283,70 para R\$5.227,42.

A sexta acusação, segundo a qual houve recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, concernente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior, também foi objeto de revisão resultante de erros materiais cometidos na elaboração dos levantamentos iniciais.

Por exemplo: (i) foram comprovados, às fls. 101, 102, 129 e 130, os pagamentos atinentes ao ICMS-ST das notas 60.019 e 13.300; (ii) as operações de simples faturamento das notas emitidas por Cerâmica Batistella Ltda., inseridas indevidamente no demonstrativo fiscal, foram objeto de tributação posterior; (iii) os documentos fiscais de números 27.352 e 27.354 dizem respeito a aquisições de materiais de uso e consumo, sujeitas ao diferencial de alíquotas, e não à substituição por antecipação tributária (fl. 225).

Acertada a revisão de fl. 513, que modificou o valor do item 06 do Auto de Infração, de R\$92.765,80 para R\$37.571,80.

A infração 8 refere-se à presunção de omissão de saídas tributáveis, apurada por intermédio de entradas não registradas.

O auditor, após a impugnação, efetuou nova análise do livro Registro de Entradas, da Escrituração Fiscal Digital, e constatou que, de fato, diversas notas computadas no

demonstrativo inicial estavam devidamente escrituradas.

Com isso, a cobrança restou modificada, de R\$4.257,27 para R\$1.643,61.

Mantenho a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0006/15-4**, lavrado contra **CONLAR MATERIAL ELÉTRICO HIDRÁULICO E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.192,81**, acrescido da multa de 60% sobre R\$76.549,20 e 100% sobre R\$1.643,61, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS