

A.I. Nº - 108529.3008/16-1
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - GILMÁRIO MACEDO LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07.11.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-02/19

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do estado para comercialização. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO NA EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Os cálculos foram refeitos pelo autuante, para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado o registro na EFD e cujas mercadorias não ingressaram no estabelecimento. Reduzida a multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Indeferido pedido de perícia. Indeferido o pedido de redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/12/2016, exige crédito tributário no valor histórico de R\$185.798,15, bem como a aplicação da multa, pela constatação de cinco infrações conforme a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 03.02.04 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de abril, maio, setembro e novembro de 2012, exigindo o ICMS de R\$2.901,83, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 04.05.05 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de

maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, (2013), no valor de R\$67.187,22, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril a julho, setembro e dezembro de 2012, abril, julho a dezembro de 2013. Multa no valor de R\$52.909,15 correspondente ao percentual de 60%, prevista, no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2012 e janeiro a novembro de 2013, multa no valor de R\$22.196,87, correspondente ao percentual de 1% sobre a base de cálculo, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 reduzida retroativamente em obediência a Lei nº 13.461/2015 c/c a alínea “c” do inc. II, art. 106 da Lei nº 5.172/66 - CTN.

INFRAÇÃO 05 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013, multa no valor de R\$40.603,08, correspondente ao percentual de 1% sobre a base de cálculo, prevista no art. 42, inc. XI da Lei nº 7.014/96.

A autuada, ao impugnar o lançamento às fls. 42 a 64, inicialmente, transcreve todas as infrações, reconhece como devidas as exigências contidas nas infrações 01 e 02 e informa que oportunamente anexará cópia do comprovante de recolhimento dos respectivos valores.

Contesta a exigência da multa constante da infração 03, aduzindo que a mesma não deve prosperar em razão de não ter ocorrido violação ao dispositivo legal indicado pela fiscalização, que seja, o não recolhimento do imposto por antecipação, pois, da análise dos demonstrativos dos autos, conclui-se que nos exercícios de 2012 e 2013, em nenhum dos meses houve falta de recolhimento do ICMS por antecipação.

Anexa demonstrativo que indica recolhimento a mais do ICMS por antecipação em 2012 no montante de R\$21.255,65 e em 2013 de R\$15.734,91. Portanto, assim entende, não haver imposto a ser cobrado, pois em alguns meses o fisco apurou recolhimento a menor, entretanto, em outros meses houve recolhimento a maior do imposto, fato não considerado pela fiscalização.

Aduz não haver descumprimento da norma, estando ausente a conduta tipificada para aplicação da multa, assim como qualquer embaraço a fiscalização ou prejuízo aos cofres públicos, devendo ser a mesma desconstituída.

Diz que as infrações 04 e 05, referentes ao não registro na escrita fiscal de mercadorias tributáveis e não tributáveis, ingressadas no estabelecimento, não houve descumprimento de obrigação acessória, pois, os documentos fiscais relacionados pela fiscalização correspondem a mercadorias que efetivamente não entraram no estabelecimento por se tratar de devoluções, conforme demonstrativo, fls. 50 a 62, cuja cópia anexa em mídia – CD-R.

Pontua que, relativamente a nota fiscal nº 000.465, constante na infração 05, o emitente EDU MONTAGENS COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI ME, apresentou declaração atestando a emissão equivocada do documento, posteriormente, emitiu a nota fiscal nº 000.466 para retificação. Portanto, conclui não haver falta de registro de entrada de mercadorias na escrita fiscal.

Requer a determinação de perícia técnica para comprovação de que nada deve ser cobrado, apresentando os seguintes quesitos:

- a) *No que tange à infração 03, fazendo a decomposição dos valores nos períodos tomados em consideração no lançamento de ofício, é possível detectar recolhimento a maior efetuado pela autuada?*

b) Relativamente às infrações 04 e 05, quais as notas fiscais consideradas pela fiscalização para imputar a conduta de falta de registro de entradas? As mercadorias constantes de tais documentos fiscais foram objeto de devolução?

Indica os profissionais Sergio Rodrigo de Oliveira e Welberth Mota de Souza como assistentes técnicos para acompanhar a requerida perícia técnica.

Pugna pelo cancelamento das multas exigidas nas infrações 03, 04 e 05, em razão de que não agiu com dolo, fraude ou simulação, tendo inclusive procedido ao pagamento dos valores reconhecidos, fato que demonstra boa-fé. Assim sendo, pleiteia a aplicação do §7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Conclui, requerendo o acolhimento da impugnação e a improcedência do auto de infração.

A informação fiscal prestada pelo autuante, às fls. 87 a 91, inicialmente, registra o reconhecimento pela autuada em relação as infrações 01 e 02 e relata os argumentos apresentados pela autuada frente as demais infrações.

No mérito, esclarece que todos os demonstrativos foram elaborados com base nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, arquivada na base de dados da Receita Federal do Brasil e da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Informa que a tipificação da exigência da multa referente a infração 03, está consoante a Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “d”, sendo estipulado o percentual de 60% sobre o imposto não recolhido tempestivamente. Dessa forma, a multa cobrada recai sobre os meses onde não foi detectado recolhimento do imposto.

Afirma que não cabe a fiscalização realizar compensações dos valores recolhidos a maior com os valores recolhidos a menor, devendo o sujeito passivo requerer a restituição dos valores que considerar recolhidos a mais e reforça seu entendimento que a infração deve ser julgada procedente.

Quanto as infrações 04 e 05, declara que após análise das notas fiscais de devolução, acolhe os argumentos defensivos e elabora novo demonstrativo de débito reduzindo os valores para R\$6.632,05 e R\$5.427,95, respectivamente.

Conclui, defendendo a procedência parcial do auto de infração.

Em 09/10/2018, tendo constatado que na informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 87 a 91, onde houve alteração dos valores cobrados originalmente, referente às infrações 04 e 05, cujo novo demonstrativo de débito consta à fl. 90, sem que a autuada tenha tomado conhecimento, ferindo o disposto no art. 127, §7º do RPAF/99, os membros da 2ª JJF decidiram converter o processo em diligência a INFAZ de origem para intimar a autuada a tomar ciência da informação fiscal, fornecendo cópia da mesma, com a indicação do prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

A autuada, devidamente notificada, manifesta-se às fls. 115 e 116, onde reafirma não concordar com o fisco quanto as exigências da infração 03 e parte das infrações 04 e 05.

Reitera todos os argumentos defensivos já apresentados na defesa, o que considera suficiente para declarar insubsistentes as infrações citadas, porquanto, nenhum novo elemento foi apresentado.

Passando a abordar exclusivamente a infração 03, reafirma que não houve violação de nenhuma norma, pois entende que o art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, prevê a aplicação de penalidade quando o imposto não for recolhido, o que não corresponde aos fatos, conforme demonstrado e reconhecido pela fiscalização que durante 2012 e 2013 em todos os meses, houve recolhimento do ICMS – antecipação tributária.

O autuante apresenta sua nova informação, às fls. 129 e 130, onde constata que não foi acrescentado nenhum elemento ou alegação nova, ocorrendo apenas a ratificação dos termos da defesa e assim reitera os termos da sua informação fiscal, reafirmando que as infrações 01, 02 e 03 devem ser julgadas procedentes a as infrações 04 e 05, parcialmente procedentes.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, constato que o PAF está assente com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, pois a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com o direito aplicável, não há falta de motivação, pois foram indicadas as razões que ensejaram o ato, assim como as normas jurídicas que autorizaram a sua prática.

Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o contribuinte exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o mesmo obteve as peças necessárias à sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos legalmente previstos e demais exigências formais, inclusive com os demonstrativos que lhes foram entregues.

Preliminarmente, com suporte no art. 147, inc. II, alínea “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia, pois a prova do fato descrito na autuação não depende do conhecimento especial de técnicos, tornando desnecessária a sua realização.

No mérito, a acusação fiscal materializa a exigência crédito tributário em decorrência do cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, conforme enquadramento legal, tipificação das multas correspondentes e o relato circunstanciado, enunciados no preâmbulo do relatório.

Em relação as infrações 01 e 02, tendo o contribuinte reconhecido, efetuou o recolhimento da exigência conforme se verifica às fls. 75 e 76, cujos valores deverão ser homologados pelo órgão competente da SEFAZ. Assim sendo, não havendo lide sobre estas, as considero desde já, subsistentes.

Quanto a infração 03, a autuação cobra multa percentual sobre o imposto que não foi tempestivamente recolhido a título do ICMS - antecipação parcial, cuja obrigatoriedade de recolhimento encontra-se prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

A defesa argumenta que não houve violação do dispositivo legal indicado pela autuação e alega que, conforme quadro demonstrativo, constante na peça defensiva, em todos os meses fiscalizados, foi recolhido o imposto por antecipação parcial, demonstrando ainda que, em alguns meses, houve recolhimentos a menor e em outros, recolhimentos a maior que o apurado pela fiscalização, sendo que, no computo anual, houve nos dois exercícios, 2012 e 2013, recolhimentos superiores ao devido, razão pela qual, pugna pela improcedência da infração e requer a compensação dos valores recolhidos a maior com os valores pagos a menor.

A antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96 no seu art. 12-A, *in verbis*.

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O RICMS/2012, prevê no art. 332, inc. III, alínea “b”, o prazo para o recolhimento do ICMS – antecipação parcial, conforme transcrito.

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo: (...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Oportuno consignar que o citado regulamento também excepcionaliza a regra do dispositivo acima transcrito, no §2º, permitindo ao contribuinte regularmente inscrito no CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados nos incisos I a IV, efetuar o recolhimento do imposto por antecipação, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal.

O recolhimento do imposto deverá ser efetuado através de Documento de Arrecadação Estadual – DAE, conforme art. 330, inc. I do multicitado regulamento, onde obrigatoriamente deverá ser preenchido todos os campos, inclusive o campo destinado a identificar a que período se refere o recolhimento efetuado. Portanto, para as ocorrências de cada mês, o contribuinte ao recolher o ICMS – antecipação parcial, além de indicar a quais notas fiscais se referem o imposto, obrigatoriamente deve indicar a qual período correspondente.

A multa pelo não recolhimento do imposto devido por antecipação parcial está prevista na Lei nº 7.014/96, no art. 42, inc. II, alínea “d”, que literalmente prevê o percentual de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

O levantamento efetuado pelo autuante relacionou todos os documentos fiscais, por período de emissão dos mesmos, com a identificação do número, chave de acesso, emitente, valor das mercadorias, imposto destacado e demais dados que permitiram calcular com precisão o valor a ser recolhido em cada período referente ao ICMS devido por antecipação parcial.

No citado levantamento, o autuante compensou os valores recolhidos, nos respectivos períodos indicados nos DAEs, cujos dados comprovam as alegações da defesa que em alguns meses houve recolhimento a mais que o devido e em outros os recolhimentos foram menores, fato que ensejou a cobrança de multa por recolhimento intempestivo do imposto.

A pretensa compensação, requerida pela autuada, não é possível, posto que falece de previsão legal para autorizá-la no curso do processo administrativo fiscal, cabendo ao contribuinte, constatando que recolheu imposto a mais do que o devido, a repetição do indébito.

Entretanto, este procedimento administrativo deverá seguir outro curso junto a Administração Tributária, cujo rito segue apartado do contencioso administrativo.

Cabe, ainda, lembrar que o imposto recolhido, a título de ICMS – antecipação parcial, foi apropriado pelo contribuinte como crédito fiscal, consoante previsão do art. 26, §6º da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, considero a infração 03 subsistente.

Quanto às infrações 04 e 05, a multa percentual de 1%, do valor comercial da mercadoria, se fundamentam no art. 322, incisos e parágrafos do RICMS/97 e artigos 217 e 247 do RICMS/2012, estando as infrações caracterizadas e fundamentadas.

A defesa apresenta demonstrativo, fls. 50 a 62, relacionando documentos fiscais correspondentes a mercadorias que efetivamente não entraram no estabelecimento, por se tratarem de devoluções ou anulações de vendas.

O autuante, na informação fiscal, acata parte dos argumentos defensivos e elabora novo demonstrativo de débito reduzindo os valores para R\$6.632,05 – infração 04, e para R\$5.427,95 – infração 05, cuja ciência da autuada motivou a diligencia determinada pela 2ª JF, sem que sobre os novos valores a mesma tenha se manifestado.

Portanto, aplicando as disposições do RPAF/99 contidas no art. 140, considero procedentes parcialmente as infrações 04 e 05, após as alterações procedidas pelo autuante, que acato por constatar pertinentes frente aos documentos apresentados pelo sujeito passivo, conforme demonstrativo a seguir.

Infração 04

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2012	09/02/2012	3.222,00		1,00	32,22
29/02/2012	09/03/2012	1.662,00		1,00	16,62
31/03/2012	09/04/2012	17.958,00		1,00	179,58
30/04/2012	09/05/2012	59.327,00		1,00	593,27

31/05/2012	09/06/2012	1.436,00		1,00	14,36
30/06/2012	09/07/2012	56.217,00		1,00	562,17
31/07/2012	09/08/2012	5.239,00		1,00	52,39
31/08/2012	09/09/2012	4.692,00		1,00	46,92
30/09/2012	09/10/2012	12.305,00		1,00	123,05
31/10/2012	09/11/2012	47.618,00		1,00	476,18
30/11/2012	09/12/2012	34.317,00		1,00	343,17
31/12/2012	09/01/2013	136.277,00		1,00	1.362,77
31/01/2013	09/02/2013	51.161,00		1,00	511,61
28/02/2013	09/03/2013	5.355,00		1,00	53,55
31/03/2013	09/04/2013	30.437,00		1,00	304,37
30/04/2013	09/05/2013	19.171,00		1,00	191,71
31/05/2013	09/06/2013	38.677,00		1,00	386,77
30/06/2013	09/07/2013	34.918,00		1,00	349,18
31/07/2013	09/08/2013	43.182,00		1,00	431,82
31/08/2013	09/09/2013	7.856,00		1,00	78,56
30/09/2013	09/10/2013	3.635,00		1,00	36,35
31/10/2013	09/11/2013	17.890,00		1,00	178,90
30/11/2013	09/12/2013	30.653,00		1,00	306,53
Total					6.632,05

Infração 05

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2012	09/02/2012	14.246,00		1,00	142,46
29/02/2012	09/03/2012	4.525,00		1,00	45,25
31/03/2012	09/04/2012	15.152,00		1,00	151,52
30/04/2012	09/05/2012	94.844,00		1,00	948,44
31/05/2012	09/06/2012	3.460,00		1,00	34,60
30/06/2012	09/07/2012	3.790,00		1,00	37,90
31/07/2012	09/08/2012	12.308,00		1,00	123,08
31/08/2012	09/09/2012	11.816,00		1,00	118,16
30/09/2012	09/10/2012	6.900,00		1,00	69,00
31/10/2012	09/11/2012	12.375,00		1,00	123,75
30/11/2012	09/12/2012	16.247,00		1,00	162,47
31/12/2012	09/01/2013	13.078,00		1,00	130,78
31/01/2013	09/02/2013	15.775,00		1,00	157,75
28/02/2013	09/03/2013	9.167,00		1,00	91,67
31/03/2013	09/04/2013	6.301,00		1,00	63,01
30/04/2013	09/05/2013	90.820,00		1,00	908,20
31/05/2013	09/06/2013	34.596,00		1,00	345,96

30/06/2013	09/07/2013	10.599,00		1,00	105,99
31/07/2013	09/08/2013	15.743,00		1,00	157,43
31/08/2013	09/09/2013	115.944,00		1,00	1.159,44
30/09/2013	09/10/2013	20.957,00		1,00	209,57
31/10/2013	09/11/2013	11.555,00		1,00	115,55
30/11/2013	09/12/2013	2.597,00		1,00	25,97
Total					5.427,95

A infração 04 tem a mesma natureza da infração 05, pois aborda a entrada de mercadorias no estabelecimento sem o registro nos livros fiscais, sendo que a primeira se refere a mercadorias tributadas.

Na época da ocorrência de parte dos fatos geradores, a redação do inc. XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, previa o percentual de 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015 com efeitos a partir de 11/12/2015, cuja redação passou a prevê a multa no percentual de 1%.

Dessa forma em obediência ao que determina alínea “c” do inc. II, art. 106 da Lei nº 5.172/66 – CTN, a multa foi reduzida retroativamente.

Quanto ao requerimento para o cancelamento das multas aplicadas nas infrações 03, 04 e 05, indefiro, haja vista que o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê que multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, o que não é o caso. Ademais, não se trata de procedimento impositivo, pois, o termo “poderá” atribuiu ao julgador a possibilidade de propor ou não a redução ou cancelamento das multas, discricionariamente.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108529.3008/16-1**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.08,05**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$2.901,83 e de 100% sobre R\$67.187,22, previstas, no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$64.969,87**, prevista no art. 42, incs. IX e XI do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR