

A. I. N° - 207494.0001/04-1
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - VALDEMIR N. DE OLIVEIRA e REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 18.08.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0288-02/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Retificados os equívocos do levantamento. Infração caracterizada em parte, o que reduz o valor da multa aplicada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário sobre o valor determinado pela legislação. Infração comprovada. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Infração comprovada. 3. ESTORNO DE CRÉDITO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. Infração comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acatado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2004 exige ICMS no valor de R\$ 129.965,75 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 457.676,42, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 457.676,42.
2. 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 relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 26.324,59.
3. 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 relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 94.801,12.

4. Falta de estorno de crédito referente aos Bens do Ativo permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resultaram em operações Isentas e Não Tributadas, conforme §§ 1º, 9º, 10º do Artigo 100 c/c Artigo 93, alínea “a” do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97. ICMS de R\$ 7.955,43.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Crédito Fiscal transferido indevidamente do período anterior (novembro/99). ICMS de R\$ 884,61.

O autuado, através de advogado ingressa com defesa, fls. 979/989, e inicialmente confessa o cometimento da infração 02, tendo em vista que no período fiscalizado houve falta do recolhimento do ICMS antecipado em relação às notas fiscais apontadas pela fiscalização. Contudo, diz que o valor apurado não está correto, conforme o documento 03, e aponta que o valor correto é de R\$ 25.793,01, que foi pago, conforme DAE em anexo (doc. 04).

Também efetuou o pagamento do crédito tributário com relação às infrações 04 e 05, consoante os DAEs em anexo, docs. 05 e 06

Argüi como preliminar de nulidade a homologação tácita de valores ora exigidos, consoante o disposto no art. 150, § 4º do CTN, pois o Fisco Baiano não pode estabelecer, para o ICMS, cujo lançamento é por homologação, de acordo com os arts. 24 e 26 da Lei nº 7.014/96, com apuração mensal em cada estabelecimento, prazo de decadência superior ao estabelecido pelo Código Tributário Nacional.

Assim, que teria ocorrido a homologação tácita relativa à infração 01, no período de 31/01/99 a 31/03/99, e no mesmo período para a infração 03, pois decorridos cinco anos, a contar do fato gerador, sem manifestação contrária ao procedimento da defendente. Portanto estaria extinto o crédito tributário correspondente, por força do art. 156, inciso VII do CTN. Este o entendimento manifestado pelo STJ, nos Embargos de Divergência, em Resp 101.407/SP – 98 887344, Rel. Min Ari Pargendler, DJ de 08/05/00, (p. 53).

Não pode a Administração exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, pois o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos.

No mérito, no que tange à infração 01, diz que a autoridade fiscal não analisou cuidadosamente os documentos fiscais da defendente, pois, as notas fiscais foram escrituradas, conforme documentos 07 e 08, notas fiscais e Livro de Entrada, o que inquina de nulidade o Auto de Infração, pois demonstrada a falta de clareza e precisão do lançamento fiscal.

Quanto à infração 03, esta não está amparada em provas que demonstrem a natureza da diferença apontada pelo fiscal. O certo é que o ICMS sobre o valor das mercadorias foi pago pelo defendente, conforme destaque nas notas fiscais em anexo, não estando demonstrada e nem explicada a motivação da exigência fiscal. Também o valor do frete foi computado apenas para uma nota fiscal, quando na realidade refere-se a várias notas fiscais, o que acarretou o valor de aquisição da mercadoria superior ao efetivamente ocorrido. Assim, o demonstrativo anexado ao Auto não esclarece nem prova coisa alguma.

Portanto demonstrada a falta de clareza e precisão do lançamento, o que viola a regra do art. 18, IV, “a” e art. 39, III do RPAF/99, e o torna nulo. Para corroborar este entendimento traz à colação o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores.

Lembra que este posicionamento também foi adotado pelo CONSEF, nos Acórdãos JJF N° 0045/99 e N° 0196/99.

Alega a nulidade face o cerceamento de defesa, pois se o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais, o autuado fica prejudicado na defesa, posto que não sabe o que precisa provar para se defender.

Argumenta que é indevida a aplicação da Taxa SELIC nas relações tributárias, pois foi criada pela Resolução n° 1.124/86 do Conselho Monetário Nacional, sem nenhuma conformação tributária, mas objetivando remunerar o capital dos aplicadores, protegendo-os tanto contra os efeitos da inflação camuflada pelo governo, como remuneração do capital parado. Sua natureza, composição e finalidade acusam que aplicação da taxa SELIC é forma de aumento de tributo por vias transversas. Assim, já manifestou-se a Segunda Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, considerando ilegal e inconstitucional sua aplicação em matéria tributária, no Resp n° 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, (DJU 19/06/2000, Págs. 133/134).

Argüi que há de se levar em consideração o benefício da dúvida, conforme o art. 112 do CTN.

Requer perícia e diligência, alçando essas duas à condição de preliminar, “ex vi” do art. 560 do CPC, e apresenta, a princípio, as seguintes questões:

- 1- A apuração do ICMS efetuada pela Defendente no período fiscalizado já foi homologada tacitamente nos termos do art. 150, § 4° do CTN?
- 2- As notas fiscais listadas pela Autoridade Fiscal foram escrituradas no Livro de Entrada?
- 3- Os créditos lançados pela Defendente no Livro de Apuração decorrem de imposto pago pela empresa na aquisição de produtos, bens ou serviços?
- 4- A que se referem as diferenças de base de cálculo das mercadorias sujeitas à substituição tributária ?
- 5- Os créditos lançados pela Defendente na coluna de outros créditos foram devidamente lançados?

Os autuantes prestam a informação fiscal de fls. 1035/1041, na qual reforçam o entendimento de que todas as infrações estão devidamente respaldadas das provas necessárias, através dos documentos anexos ao PAF, fls. 07 a 974 que serão analisadas nos itens seguintes.

Quanto à infração 01, através dos relatórios do CFAMT, foram selecionadas as notas fiscais que estão anexadas ao PAF, fls. 31 a 285 (prova material da infração), que não foram escrituradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias do contribuinte, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, juntamente com a cópia do Demonstrativo Auditoria de Lançamentos de Documentos Fiscais (fls. 07 a 11 do PAF), no dia 05/04/04, para que o autuado comprovasse a escrituração das referidas Notas. Salientam que, de todas as notas fiscais objeto da ação fiscal, só há comprovação da escrituração de seis, conforme demonstrativo abaixo:

Nota Fiscal	Fornecedor	Data	Base de cálculo	Valor Multa
40627	Seral do Brasil	12/03/99	33.000,12	3.300,01
861248	Sadia S/A	04/06/99	41.932,80	4.193,28
896615	Sadia S/A	31/07/99	35.468,16	3.546,82
194604	Ceras Johnson	09/08/99	6.366,28	636,63
14393	RCL C. Cereais	05/08/99	6.300,00	630,00
8948	Fab.Vassouras	28/10/99	946,40	94,64

Deste modo, o demonstrativo de débito fica alterado, como segue:

Data de ocorrência	Data de vencimento	Valor da Multa
31/03/99	09/04/99	8.902,13
30/06/99	09/07/99	13.925,32
31/07/99	09/08/99	27.210,61
31/08/99	09/09/99	37.566,13
31/10/99	09/11/99	79.559,37

O valor total da infração passa de R\$ 457.676,42 para R\$ 445.275,04.

Acatam as razões de defesa, com relação à infração 02.

Esclarecem os seguintes pontos da infração 03:

1. A apuração dos valores reclamados foram calculados aplicando-se as MVAs previstas no RICMS/97, Anexo 88, e acrescentado o valor do frete, conforme Demonstrativo anexo ao PAF, fls. 14 a 24, com base nas notas fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, (fls. 318 a 888 do PAF). Salienta que a diferença foi apurada em função do autuado ter aplicado na aquisição de mercadorias na indústria a MVA correspondente a aquisições no atacado, conforme base de cálculo constante no Demonstrativo apresentado pela empresa (fls. 889 a 974).
2. Outra irregularidade foi a não inclusão dos valores referentes ao frete na Base de Cálculo, conforme consta dos Demonstrativos apresentados pela empresa (fls. 888 a 974 do PAF).
3. Explicam que apenas nas notas fiscais emitidas pela empresa Engarrafamento Pitu Ltda, onde o conhecimento do frete corresponde a várias notas fiscais, o valor do frete foi alocado em uma única nota fiscal, e, caso fosse apropriada em todas as notas fiscais relacionadas no conhecimento de transporte a diferença do ICMS a recolher seria exatamente a mesma, conforme demonstrativo que exemplifica as duas situações.
4. Opinam pela manutenção do Auto de Infração, com as retificações efetuadas nesta informação fiscal.

O autuado manifesta-se às fls. 1046/1050, e insurge-se contra os argumentos dos autuantes, haja vista que não diligenciaram para verificar se as notas fiscais apuradas pelo relatório de Fronteiras efetivamente foram registradas, quando o ônus da prova é do fisco. Apenas se basearam nos documentos da defesa, para concordarem com a exclusão de parte do débito fiscal. Informa que já foram solicitados dos Fornecedores os documentos necessários à comprovação das mercadorias, ocasião em que protesta por juntada posterior de provas e até requer que seja determinada a citação dos fornecedores para que declarem ou apresentem os documentos necessários, já que é do fisco o poder de fiscalizar e exigir a exibição de documentos.

Mantém todos os argumentos expendidos na peça defensiva e requer a realização de perícia, ao tempo em que apresenta outras questões, sem prejuízo dos quesitos formulados na defesa:

1. A apuração do ICMS efetuada pela defendente no período fiscalizado já foi homologada tacitamente nos termos do Art. 150, § 4º do CTN?
2. As notas fiscais listadas pela autoridade fiscal correspondem a retorno de mercadoria que não deram entrada no estabelecimento autuado?

VOTO

Inicialmente cabe-me pronunciar sobre as nulidades suscitadas pela defesa, ao tempo em que verifico que na lavratura do presente Auto de Infração, os auditores fiscais obedeceram ao ditame do art. 39 do RPAF/99, portanto encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Ademais, o lançamento faz-se acompanhar dos levantamentos e dos demonstrativos que embasam a autuação, anexos às fls. 04 a 30 dos quais foram fornecidas cópias ao contribuinte.

Nego o pedido de diligência formulado pelo autuado, pois os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação de meu convencimento como julgadora, a teor do que dispõe o art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Deixo de acatar a preliminar de mérito, de decadência, suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto, questionados pelo contribuinte, ocorreram no período de 31/01/99 a 31/03/99, e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2004. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2004, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo;

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo

sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.

2. Acórdão CJF nº. 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra Curso de Direito Tributário, 13ª edição, pág. 148 - O Tributário Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a argüição de decadência, vez que

o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigi-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida venia, está equivocada.

Deste modo, rejeito a argüição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.

3. Acórdão CJF nº. 0150-12/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Prof^a. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para

exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Portanto, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/2004, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1999, e o Auto de Infração foi lavrado dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

No que diz respeito à taxa SELIC aplicada, a redação do inciso I, do art. 138-B, foi dada pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001). Ademais, pelo que dispõe o art. 167, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e de questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

No mérito, o autuado reconheceu, na integralidade, o cometimento das infrações 04 e 05, e efetuou o pagamento do crédito tributário, consoante os DAEs em anexo, documentos 05 e 06, razão porque me abstenho de comentá-las.

Também reconheceu parcialmente a infração 02, aduzindo que o valor correto da exigência fiscal deve ser de R\$ 25.793,01, valor que foi pago, conforme DAE que anexa (doc. 04). O autuante ao prestar a informação fiscal, verificou que a empresa tinha razão em seus argumentos e acatou o valor do débito informado pela defesa, no que também concordo.

Quanto à infração 01, a acusação é de que as mercadorias sujeitas à tributação, adentraram no estabelecimento autuado, sem a devida escrituração nos livros fiscais, pelo que está sendo exigida a multa ora aplicada. No decorrer da ação fiscal, o auditor verificou que as notas fiscais de entradas de mercadorias não foram registradas, documentos que foram colhidos nos Postos Fiscais de Trânsito, através do Sistema CFAMT, cujas notas fiscais estão colacionadas às fls. 31 a 285 do PAF.

A legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no livro Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado nega o recebimento de tais mercadorias, sob o argumento de que cabe ao auditor comprovar a efetiva entrada das mercadorias, e não simplesmente presumi-las, em face da existência de notas fiscais em que o autuado aparece como destinatário, assim como não exigir do autuado a produção de provas negativas.

Entendo que não lhe assiste razão, ao conclamar tais afirmativas, pois estando as notas fiscais endereçadas ao contribuinte, com todos os dados cadastrais do seu estabelecimento, cabe-lhe a utilização de todos os meios de prova, em direito disponíveis, para elidir a acusação, o que não foi feito no presente processo.

Outro não é o pensamento consolidado nas decisões administrativas, a teor do Acórdão abaixo:

PROVA – ÔNUS - NOTA FISCAL – FALTA DE LANÇAMENTO - SUJEITO PASSIVO. O fato de estar a nota fiscal emitida em nome de determinado adquirente produz o efeito de transmitir-lhe o ônus da prova negativa da aquisição. Se referido documento não está registrado nas escritas fiscal e contábil do destinatário, a exclusão da punibilidade somente se opera por prova inequívoca da não - aquisição das respectivas mercadorias, a cargo do sujeito passivo da obrigação tributária (CRF-PB, AC. 655, de 8-6-84, Rec. 58, João Pessoa, Rel. Cons, Manoel José da Silva).

Contudo, o autuante na informação fiscal, acatou parcialmente as alegações do defendente, quanto a seis notas fiscais, que estavam devidamente registradas, abaixo identificadas, e procedeu à revisão do levantamento, que resultou na multa de R\$ 445.275,04, como segue:

Notas Fiscais Excluídas do levantamento

Nota Fiscal	Fornecedor	Data	Base de cálculo	Valor Multa
40627	Seral do Brasil	12/03/99	33.000,12	3.300,01
861248	Sadia S/A	04/06/99	41.932,80	4.193,28
896615	Sadia S/A	31/07/99	35.468,16	3.546,82
194604	Ceras Johnson	09/08/99	6.366,28	636,63
14393	RCL C. Cereais	05/08/99	6.300,00	630,00
8948	Fab.Vassouras	28/10/99	946,40	94,64

Deste modo, o demonstrativo de débito fica alterado, nos itens abaixo, mantendo as demais datas de ocorrência de acordo com o demonstrativo de débito originário:

Data de ocorrência	Data de vencimento	Valor da Multa
31/03/99	09/04/99	8.902,13
30/06/99	09/07/99	13.925,32
31/07/99	09/08/99	27.210,65
31/08/99	09/09/99	37.566,13
31/10/99	09/11/99	79.559,37

O valor total da infração passou de R\$ 457.676,42 para R\$ 445.275,04.

Portanto, como o contribuinte não trouxe a prova efetiva de que não praticou a irregularidade que lhe é apontada, entendo que a multa aplicada deve ser mantida, nos valores acima retificados, conforme a previsão do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 03, não concordo com o argumento da defesa, de que não está amparada em provas que demonstrem a natureza da diferença apontada pelo fiscal.

Verifica-se no Demonstrativo de fls. 14 a 24, que a apuração dos valores reclamados foram calculados aplicando-se as MVAs previstas no RICMS/97, Anexo 88, e acrescentado o valor do frete, com base nas notas fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, (fls. 318 a 888 do PAF). Ocorre que a diferença do ICMS ora exigida foi apurada em função do autuado ter aplicado na aquisição de mercadorias na indústria a MVA correspondente a aquisições no Atacado, conforme base de cálculo constante no Demonstrativo apresentado pela empresa (fls. 889 a 974). De fato, constatei que estas mercadorias foram adquiridas na indústria, conforme a listagem de fls. 889 a 964, que identifica os fornecedores.

Outra irregularidade detectada pela fiscalização foi a não inclusão dos valores referentes ao frete na Base de Cálculo, conforme consta dos Demonstrativos apresentados pela empresa (fls. 888 a 974 do PAF). Realmente, os autuantes estão corretos em exigí-los, pois conforme as cópias dos CTRCs, constato que todos são FOB (pagamento por conta do destinatário), e neste caso compõem a base de cálculo.

Quanto ao argumento de que o valor do frete foi computado apenas para uma nota fiscal, quando na realidade refere-se a várias notas fiscais, o autuante esclareceu que apenas nas notas fiscais emitidas pela empresa Engarrafamento Pitu Ltda, onde o conhecimento do frete corresponde a várias notas fiscais, o valor do frete foi alocado em uma única nota fiscal, e, caso fosse apropriada em todas as notas fiscais relacionadas no conhecimento de transporte, a diferença do ICMS a recolher seria exatamente a mesma. Portanto este procedimento não trouxe prejuízo ao autuado, nem cerceou o seu direito de defesa, razão porque devem ser mantidos os valores do ICMS apontados nesta infração.

Ademais, o autuado não comprovou as suas alegações, manifestando-se de forma genérica quanto à infração ora em comento.

Neste caso, deve ser aplicado o disposto no art. 143 do RPAF/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **207494.0001/04-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 129.434,17**, sendo R\$ 121.478,74, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 7.955,48, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no montante de **R\$ 445.275,04**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX, da citada Lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

TEREZA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR