

A. I. Nº - 206851.0204/06-6
AUTUADO - MATERIAL DE CONSTRUÇÃO SAMOM LTDA.
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO BARBOSA NOGUEIRA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 21. 11. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0357.01/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Os documentos acostados pelo autuado na peça de defesa não guardam relação com a exigência fiscal, conforme alegado. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração caracterizada. b) ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do artigo 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº. 7.014/96. Infração subsistente. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado comprova que diversas notas fiscais arroladas na autuação estavam devidamente registradas. Refeitos os cálculos pelo autuante. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 92.124,30, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 66.154,84, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

- 1) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de outubro e novembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.475,29, acrescido da multa de 60%;
- 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 no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA.], nos meses de outubro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 57.684,68, acrescido da multa de 60%;
- 3) falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a novembro de 2001, fevereiro, março, maio a setembro, novembro e dezembro de 2002, janeiro a março, maio a agosto e dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.964,33, acrescido da multa de 70%;

4) multa percentual [60%] sobre o imposto que deveria ter sido pago por substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, janeiro a agosto de 2002, no valor de R\$ 66.154,84.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 412 a 415, afirmando que, relativamente às infrações 01, 02 e 04, já houvera regularizado o débito através de levantamento e denúncia espontânea, conforme documentos anexados às fls. 417 a 419 e documento de arrecadação à fl. 420. No tocante à infração 03, diz que contratou um perito contador que após examinar os documentos arrolados na autuação identificou os seguintes erros:

- Nota Fiscal nº 079067 – está lançada no livro Registro de Entrada, conforme fl. 422;
- Nota Fiscal fatura nº. 004892 – pertence a outro contribuinte, motivo pelo qual não poderia estar lançada;
- Nota Fiscal nº. 004320 – lançada no livro Registro de Entrada, fl. 425;
- Nota Fiscal nº. 111735 – lançada no livro RE, fl. 427;
- Nota Fiscal nº. 070639 – lançada no livro RE, fl. 429;
- Nota Fiscal nº. 070637 – lançada no livro RE, fl. 431;
- Nota Fiscal nº. 55193 – lançada no livro RE, fl. 433;
- Nota Fiscal nº. 088786 – lançada no livro RE, fl. 435;
- Nota Fiscal nº. 130469 – lançada no livro RE, fl.437;
- Nota Fiscal nº. 130792 – lançada no livro RE, fl. 439;
- Nota Fiscal nº. 198037 – lançada no livro RE, fl. 441;
- Nota Fiscal nº. 111315 – lançada no livro RE, fl. 443;
- Nota Fiscal nº. 015620 – lançada no livro RE, fl. 445;
- Nota Fiscal nº. 111922 – lançada no livro RE, fl. 447;
- Nota Fiscal nº. 111906 – lançada no livro RE, fl. 449;
- Nota Fiscal nº. 139316 – lançada no livro RE, fl. 451;
- Nota Fiscal nº. 018375 – lançada no livro RE, fl. 453;
- Nota Fiscal nº. 019712 – lançada no livro RE, fl. 455;
- Nota Fiscal nº. 380082 – lançada no livro RE, fl. 457;
- Nota Fiscal nº. 104842 – lançada no livro RE, fl. 459;
- Nota Fiscal nº. 104481 – lançada no livro RE, fl. 461;
- Nota Fiscal nº. 001911 – lançada no livro RE, fl.463;
- Nota Fiscal nº. 135919 – lançada no livro RE, fl.465;
- Nota Fiscal nº. 014802 – lançada no livro RE, fl. 467;
- Nota Fiscal nº. 174826 – lançada no livro RE, fl.469;
- Nota Fiscal nº. 175223 – lançada no livro RE, fl. 471;
- Nota Fiscal nº. 192341 – lançada no livro RE, fl. 473;
- Nota Fiscal nº. 281770 – lançada no livro RE, fl. 475;

- Nota Fiscal nº. 178473 – lançada no livro RE, fl. 477;
- Nota Fiscal nº. 126952 – lançada no livro RE, fl. 479;
- Nota Fiscal nº. 027555 – lançada no livro RE, fl. 481;
- Nota Fiscal nº. 029356 – lançada no livro RE, fl. 483;
- Nota Fiscal nº. 030331 – lançada no livro RE, fl. 485;
- Nota Fiscal nº. 030895 – lançada no livro RE, fl. 487;
- Nota Fiscal nº. 108810 – lançada no livro RE, fl. 489;
- Nota Fiscal nº. 243317 – lançada no livro RE, fl. 491;
- Nota Fiscal nº. 107404 – lançada no livro RE, fl. 493;
- Nota Fiscal nº. 091593 - lançada no livro RE, fl. 495;
- Nota Fiscal nº. 083759 – lançada no livro RE, fl.497;
- Nota Fiscal nº. 083744 – lançada no livro RE, fl. 499.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, e, caso necessário, que seja deferida e produzida perícia contábil.

O autuante prestou informação fiscal à fl.499, contestando às alegações defensivas relativas às infrações 01, 02 e 04, afirmando que, os documentos acostados pelo autuado são referentes ao parcelamento do ICMS – Antecipação tributária, sobre o estoque de revestimentos em cerâmica existente na empresa no valor de R\$ 28.052,21. No que diz respeito ao documento de arrecadação referente ao recolhimento do ICMS antecipação do mês 12/03 no valor de R\$ 772,38, afirma que já está incluído no recolhimento total do citado período, considerado conforme demonstrativo Anexo I, com valor total de R\$ 2.317,11. Aduz que os documentos apresentados como comprovante de recolhimento do ICMS não guardam nenhuma relação com as irregularidades apontadas nas referidas infrações. Quanto à infração 03, acata parcialmente as alegações defensivas, admitindo que várias notas fiscais arroladas na autuação como não registradas, efetivamente, se encontravam registradas. Acrescenta que, das notas fiscais apontadas na defesa, não acatou as Notas Fiscais nº. 70639, 70637, 107404 e 91593, tendo em vista que o autuado na peça de defesa afirma que foram registradas nos livros em outro estabelecimento da empresa, ficando confirmadas como não registradas nos livros fiscais do próprio estabelecimento autuado. Esclarece que elaborou novo demonstrativo referente à infração 03, com as considerações defensivas que foram acatadas.

Finaliza mantendo integralmente as infrações 01, 02 e 04, e parcialmente a infração 03.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, considerando que o levantamento fiscal referente à infração 03, apurou o ICMS com base nas notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT, após discussão em Pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a INFAZ/BARREIRAS, a fim de que fosse entregue ao contribuinte, mediante recibo específico, cópias dos documentos fiscais referidos, bem como fosse informado da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento desta intimação, para que não fique caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

O autuante à fl. 521, registrou que os procedimentos mencionados na diligência foram realizados no momento da ciência do Auto de Infração pelo contribuinte, em 28/12/06, ocasião em que foram entregues às cópias das notas fiscais não registradas, coletadas no sistema CFAMT, relacionadas no anexo II, conforme recibo no citado anexo e conforme consta à fl. 26 dos autos. Acrescenta que o contribuinte juntou cópias das notas fiscais referidas, com o visto de autenticação, comprovando o recebimento. Esclarece que foi cumprida a diligência solicitada pela 1ª JJF, tendo o contribuinte apresentado os mesmos argumentos, que fora objeto de contestação na informação fiscal. Registra que, diante do relatado verificou a falta de necessidade da diligência solicitada pelo CONSEF.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. Os elementos de provas acostados aos autos são suficientes para permitir o julgamento e decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto ao entendimento manifestado pelo autuante de que a diligência solicitada por esta 1ª JJF foi desnecessária, permito-me discordar. Aduz o autuante que os procedimentos mencionados na diligência foram realizados no momento da ciência do Auto de Infração, ocasião em que foram entregues as cópias das notas fiscais não registradas, coletadas no sistema CFAMT, relacionadas no anexo II, conforme recibo no citado anexo e consta à fl. 26 dos autos, Diz ainda que o contribuinte ao juntar cópias das notas fiscais referidas, com o visto de autenticação, comprova o recebimento.

O CONSEF já pacificou o entendimento de que deve ser assegurado ao sujeito passivo o direito a ampla defesa e o contraditório com a entrega de cópia das notas fiscais arroladas na autuação e coletadas através do sistema CFAMT. Assim é que, a decisão de primeira instância - Junta de Julgamento Fiscal - que não observar o direito acima referido é declarada nula pela segunda instância - Câmara de Julgamento Fiscal -, sendo o processo devolvido para novo julgamento. A diligência solicitada por esta 1ª JJF visou, exclusivamente, evitar o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, e, por consequência, ter a sua decisão anulada na segunda instância, o que prejudica a celeridade processual na decisão da lide.

Efetivamente, assiste razão ao autuante quando afirma que à fl. 26 dos autos consta recibo do autuado, confirmando o recebimento de cópias das notas fiscais arroladas no anexo II. Não há dúvida nenhuma sobre isso, inclusive, sendo constatado quando do exame das peças processuais.

Contudo, o referido anexo II à fl. 26, apresenta a seguinte expressão, “ipsis litteris”: *“Recebi cópias das nfs referidas”*. Indubitavelmente, se todas as notas fiscais referidas na autuação estivessem relacionadas apenas à fl. 26, restaria comprovada a entrega da totalidade das cópias.

Ocorre que, às fls. 27 e 28 também estão relacionadas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, constando a mesma expressão acima transcrita, ou seja, *“Recebi cópias das nfs referidas”*, que se encontra em branco, isto é, sem a assinatura do contribuinte.

Ora, se as notas fiscais referidas à fl. 26 não são as mesmas das fls. 27 e 28, não há como se afirmar que o contribuinte tenha recebido a totalidade das cópias das notas fiscais, sendo muito mais razoável admitir-se que não tenha ocorrido o recebimento, pela ausência de prova no processo.

Concordo com o ilustre autuante quando afirma que a juntada de cópias de notas fiscais pelo contribuinte, com o visto de autenticação, comprova o recebimento. Aliás, este tem sido o entendimento desta 1ª JJF, ou seja, mesmo com a ausência de “recibo” pelo contribuinte nos autos, a juntada de cópias das notas fiscais na peça de defesa permite confirmar o seu recebimento, inexistindo, assim, cerceamento ao direito de ampla defesa e contraditório.

Porém, no presente caso, o contribuinte relacionou na peça de defesa 40 (quarenta) notas fiscais, juntando as respectivas cópias, quando o total de notas fiscais arroladas na autuação é de 49 (quarenta e nove), significando dizer que, não há comprovação nos autos quanto ao recebimento de cópias de 09 (nove) notas fiscais, o que determinou a necessidade da diligência deliberada pelos membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, após discussão em pauta suplementar.

No mérito, do exame das peças processuais, verifico que o autuado ataca as infrações 01, 02 e 04, sustentando que já houvera regularizado o débito, através de denúncia espontânea junto a SEFAZ/BA, conforme documentos anexados às fls. 418 a 420. Quanto à infração 03, alega que a exigência referente às notas fiscais relacionadas na peça de defesa é indevida.

Vejo, também, que o autuante contesta as alegações defensivas relativas às infrações 01, 02 e 04, asseverando que os documentos referidos pelo autuado não guardam qualquer correspondência com as irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Constato assistir razão ao autuante, haja vista que os documentos acostados pelo autuado apontam a denúncia espontânea de débito relativo à falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, referente ao estoque de mercadorias existente em 30/09/2002.

A infração 01 aponta a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no período de outubro de 2002 a outubro de 2003, referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não existindo qualquer relação com a denúncia espontânea suscitada pelo autuado. Mantida a infração.

O mesmo ocorre com a infração 02, que cuida da falta de 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 no artigo 353, II, do RICMS/BA. O período da autuação alcança os meses de outubro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, portanto, posterior à denúncia espontânea argüida pelo autuado que se referiu ao estoque existente em 30/09/2002. Mantida a infração.

Também a infração 04, que cuida da aplicação de multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, janeiro a agosto de 2002, não tem qualquer relação com a propalada denúncia espontânea, sendo correta a exigência fiscal. Mantida a infração.

No que concerne à infração 03, que trata falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, verifico assistir razão em parte ao autuado, quanto a exigência indevida relativa às notas fiscais que relaciona na peça de defesa, valendo consignar que, o próprio autuante acata parcialmente as alegações defensivas e apresenta novo demonstrativo de débito, com as exclusões das notas fiscais que indevidamente foram arroladas na autuação, remanescendo a exigência fiscal apenas quanto às Notas Fiscais nº.s 925, 4.486, 12.331, 2.977, 74.442, 7.130, 70.639, 70.637, 19.108, 7.585, 198.037, 14.082, 107.404, 91.593. Assim, após as devidas exclusões, este item da autuação é parcialmente subsistente, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
30/01/2001	765,00
28/02/2001	361,87
31/03/2001	662,25
31/05/2001	1.129,84
31/07/2001	324,50
31/08/2001	240,48
30/11/2001	680,42
30/09/2002	185,30
31/07/2003	617,91
31/08/2003	3.597,68
Total	8.565,25

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 04 são integralmente subsistentes e a infração 03 parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206851.0204/06-6**, lavrado contra **MATERIAL DE CONSTRUÇÃO SAMOM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 70.725,22**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 62.159,97 e 70% sobre R\$ 8.565,25, previstas no artigo 42, II, “d”, VII, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$ 66.154,84**, prevista no artigo 42, II, “d”, § 1º, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

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”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR