

A. I. Nº - 115969.0037/06-8
AUTUADO - BAHIAINVEST INVESTIMENTOS TURÍSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/08

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Nos termos do artigo 504, inciso X do RICMS/BA, o contribuinte optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, está dispensado da escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias. No presente caso, não há como exigir do contribuinte o cumprimento de obrigação tributária acessória de registro de entrada de mercadorias na escrita fiscal, haja vista a dispensa expressa no RICMS/BA. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2006, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 14.940,98. Consta na “Descrição dos Fatos” que se refere à falta de registro na escrita fiscal de Notas Fiscais adquiridas em outras unidades da Federação, nos exercícios de 2004 e 2005, conforme demonstrativo anexo.

Consta à fl. 457 dos autos, Termo de Revelia com o respectivo despacho de encaminhamento do processo à SAT/DARC/GECOB/, para inscrição do débito na Dívida Ativa.

Encontra-se à fl. 464, o despacho da GEARC/DARC, retornando o PAF a INFAZ/ VAREJO, para renovar a intimação ou solicitar ao autuado e anexar aos autos a Procuração/Autorização, haja vista que não foi possível identificar se o signatário que tomou ciência do Auto de Infração é representante legal da empresa. Foi solicitado ainda que, caso não se confirmasse a legitimidade da atual ciência, se intimasse o autuado e reabrisse o prazo de defesa.

Às fls. 467/468, constam intimação ao autuado e Aviso de Recebimento –AR, com datas de 10/05/2007 e 15/05/2007, respectivamente, para apresentação no prazo de 10 (dez) dias da procuração ou autorização que conferiu poderes ao signatário para tomar ciência do Auto de Infração.

Conforme à fl.469, o autuado foi intimado em data de 18/06/07, para no prazo de 30 (trinta) dias pagar o débito exigido na autuação ou apresentar defesa. À fl. 470, consta AR com assinatura do recebedor, com data de entrega de 25/06/07.

Em conformidade com a fl. 471, foi lavrado Termo de Revelia, em 11/09/2007.

De acordo com a fl. 476, a GECOB/DÍVIDA ATIVA emitiu despacho, retornando o PAF a INFAZ/VAREJO, tendo em vista que o campo da ciência foi assinado por pessoa não identificada como procurador e/ou responsável do autuado, a fim de que fosse intimado o autuado por A.R. e, não sendo esta efetivada, intimasse os sócios/responsáveis em seus endereços particulares. Foi

solicitado ainda que, esgotadas esta alternativa, sem ter havido ciência da lavratura do Auto de Infração, fosse a intimação feita através de edital. Registrou-se também que, caso houvesse envio de novas intimações, deveria ser reaberto o prazo de defesa ou pagamento, que não ocorrendo implicaria na lavratura de novo termo de revelia.

Consta à fl. 477, intimação ao contribuinte, para no prazo de 30 (trinta) dias pagar o débito ou apresentar defesa. Conforme a fl. 478, houve recebimento via AR, com assinatura do recebedor, datada de 15/10/2007.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 480 a 492, se reportando, inicialmente, sobre a tempestividade da defesa, dizendo que a intimação foi recebida no dia 10/10/2007, conforme documento à fl. 518, iniciando-se o prazo para manifestação no primeiro dia útil subsequente, conforme dispõe o artigo 184, §2º, do CPC, expirando-se, portanto, em 09/11/2007, o que demonstra a tempestividade da defesa protocolizada nesta mesma data.

Referindo-se à exigência fiscal, esclarece que exerce a atividade do ramo de turismo e hotelaria; descreve a infração; o seu enquadramento legal e, no tocante ao mês de dezembro de 2005, diz que não obstante o autuante não ter feito qualquer diferenciação quanto à descrição do suposto fato jurídico tributário, procedeu ao enquadramento nos termos do artigo 391-A, art. 371, art. 125, combinando com o art. 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tendo sido aplicada a multa prescrita no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº. 7.014/96.

Argúi a nulidade do Auto de Infração, pela existência de vício insanável de motivação, por fazer referência à legislação inaplicável à matéria, tendo em vista que, na qualidade de hotel e tendo feito a opção de apurar o ICMS por meio da receita bruta, não tem a obrigação legal de escriturar as notas fiscais de entrada, mas, tão somente, as de saídas.

Alega cerceamento do direito de defesa, no tocante aos períodos de apuração de janeiro de 2004 a novembro de 2005, por ter a autuante descrito o suposto fato gerador de forma genérica, violando o disposto no inciso V do artigo 39 da Lei nº. 7.629/99. Quanto ao período de dezembro de 2005, argúi a nulidade pela existência de vício de motivação, pois, no enquadramento da infração e da penalidade faz referência a legislação inaplicável, malferindo o princípio da estrita legalidade tributária.

Argúi também a nulidade absoluta, pela ocorrência de erro de direito no lançamento, por ser optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, nos termos do artigo 115, III cumulado com o art. 118,II, e 504, todos do RICMS/BA, de forma que este é o regime jurídico que, para todos os fins da legislação tributária referente ao ICMS, tanto no tocante à obrigação principal quanto à obrigação acessória, lhe será aplicado.

Afirma que, em virtude da sistemática simplificada de apuração do imposto, está dispensado de escrituração do livro Registro de Entrada, consoante dispõe o artigo 504, X, do RICMS/BA. Cita e reproduz o entendimento do Prof. Paulo de Barros Carvalho, sobre erro de direito, para corroborar os seus argumentos.

Invoca, ainda, o princípio da eventualidade, para sustentar a existência de outras nulidades que, segundo diz maculam na sua totalidade, a validade do ato de lançamento impugnado, como o vício de motivação existente na indicação no Auto de Infração de forma genérica do artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS/BA, culminando em evidente cerceamento de defesa. Cita e transcreve posição doutrinária de Aurélio Pitanga Seixas Filho, bem como o artigo 39 do RPAF/99, para ratificar os seus argumentos.

Aponta ainda como vícios, o período de apuração referente ao mês de dezembro de 2005, cujo enquadramento legal a autuante optou por fazer separadamente, não fazendo a descrição do fato gerador da obrigação, violando o inciso III do artigo 39 da RPAF/99, incorrendo em vício de motivação, por fazer referência a legislação inaplicável, ferindo o princípio da estrita legalidade, implicando em cerceamento do direito de defesa. Também por ter feito o enquadramento legal do

suposto fato gerador citando legislação inaplicável à pessoa jurídica do contribuinte, no caso, o artigo 391-A; 371; 125; c/c o artigo 61 do RICMS/BA. Ilustra as suas alegações com a transcrição do artigo 391-A, do RICMS/BA, para dizer que se refere apenas aos recebimentos por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Prosseguindo, diz que ainda que nenhuma das nulidades apontadas seja reconhecida por este órgão julgador, a improcedência do Auto de Infração é manifesta, tendo em vista as notas fiscais arroladas na autuação foram escrituradas no livro Registro de Entradas, mantido por mera questão de organização, já que a legislação do ICMS não lhe exige tal escrituração. Afirma que a escrituração foi efetuada quando da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento e não quando da entrada no Estado da Bahia como pretende a autuação.

Conclui requerendo a nulidade absoluta do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 558/559, esclarecendo que foi desconsiderada a opção da empresa pelo regime de Receita Bruta, em virtude de a mesma ter adquirido mercadorias para comercialização, a exemplo das fls. 29 a 60, 93 a 138, 150 a 173 dos autos. Afirma que as mercadorias constantes das notas fiscais não condizem com a atividade do autuado, que é hotelaria e turismo. Acrescenta que, muito embora nas notas fiscais conste como natureza da operação “Remessa para Exposição”, não foram apresentados documentos comprobatórios demonstrando o seu retorno. Aduz que a empresa que comercializa as mercadorias acima referidas não pode ser enquadrada no artigo 504 do RICMS/BA, sendo aplicável o artigo 141 do RICMS/BA.

Esclarece que foi efetuado o confronto das notas fiscais de entrada coletadas através do sistema CFAMT com o livro Registro de Entrada de Mercadorias fornecido pelo contribuinte, confeccionado através de processamento de dados e devidamente encadernado, sendo constatado que as notas fiscais acostadas aos autos, não estavam registradas o que resultou na presente autuação.

Acrescenta que, diante da diversidade das mercadorias adquiridas através das notas fiscais arroladas na autuação, bem como a impossibilidade de constatar a verdadeira aplicabilidade destas, considerou como se todas as mercadorias fossem isentas, sendo imposta a menor multa de 1% pela falta de registro na escrita fiscal, desconsiderando o seu enquadramento no artigo 504. Diz que por se tratar de operação sumária não foi feita fiscalização com profundidade, sendo sugerida à época fiscalização vertical.

No que concerne à alegação defensiva referente ao enquadramento do mês de dezembro de 2005, afirma que foge ao seu controle, tendo em vista que não tem acesso ao sistema do Auto de Infração e que o demonstrativo de débito de 12/2005, às fls. 07/08, não faz qualquer diferenciação dentre os outros meses. Quanto à relação anexada pelo autuado às fls. 550 a 554, diz que não foi considerada pela falta de documentos comprobatórios do registro daquelas notas fiscais no livro Registro de Entrada.

Conclui, sugerindo que o Auto de Infração seja julgado procedente total ou parcialmente.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado argúi a nulidade da autuação, pelos motivos abaixo, cujos itens são por mim identificados através de letras, para uma melhor compreensão e análise.

a) vício insanável de motivação, por fazer referência à legislação inaplicável à matéria, tendo em vista que, na qualidade de hotel e tendo feito a opção de apurar o ICMS por meio da receita bruta, não tem a obrigação legal de escriturar as notas fiscais de entrada, mas, tão somente, as de saídas;

- b) cerceamento do direito de defesa, no tocante aos períodos de apuração de janeiro de 2004 a novembro de 2005, por ter a autuante descrito o suposto fato gerador de forma genérica, violando o disposto no inciso V do artigo 39 da Lei nº. 7.629/99;
- c) quanto ao período de dezembro de 2005, existência de vício de motivação, pois, no enquadramento da infração e da penalidade faz referência a legislação inaplicável, malferindo o princípio da estrita legalidade tributária;
- d) ocorrência de erro de direito no lançamento, por ser optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, nos termos do artigo 115, III, cumulado com o art. 118, II, e 504, todos do RICMS/BA, de forma que este é o regime jurídico que, para todos os fins da legislação tributária referente ao ICMS, tanto no tocante à obrigação principal quanto à obrigação acessória, lhe será aplicado, estando dispensado de escrituração do livro Registro de Entrada, consoante dispõe o artigo 504, X, do RICMS/BA;
- e) vício de motivação existente na indicação no Auto de Infração de forma genérica do artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS/BA, culminando em evidente cerceamento de defesa;
- f) enquadramento legal do período dezembro de 2005 feito separadamente, não trazendo a descrição do fato gerador da obrigação, violando o inciso III do artigo 39 da RPAF/99, incorrendo em vício de motivação, por fazer referência a legislação inaplicável, ferindo o princípio da estrita legalidade, implicando em cerceamento do direito de defesa
- g) o enquadramento legal do suposto fato gerador citando legislação inaplicável à pessoa jurídica do contribuinte, no caso, o artigo 391-A; 371; 125; c/c o artigo 61 do RICMS/BA.

No que concerne às arguições de nulidades suscitadas pelo autuado, na forma acima indicada, não acolho os argumentos referentes às letras “b”, “c”, “e”, “f” e “g”, pelas seguintes razões:

“ b”- inexistente o cerceamento do direito de defesa argüido, haja vista que consta na descrição da infração: *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*. Ademais, na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, consta: *Falta de registro na escrita fiscal de Notas Fiscais adquiridas em outras unidades da Federação nos exercícios de 2004 e 05, conforme demonstrativo anexo*. Portanto, a descrição da infração foi feita com muita clareza, permitindo o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório.

“c” e “f”- quanto ao período de dezembro de 2005, apesar de assistir razão ao autuado quanto à indicação do enquadramento da infração e da penalidade, claramente se verifica se tratar da mesma infração, por compor o mesmo enunciado. Na realidade, se trata de uma transcrição feita pelo sistema de emissão automatizada do Auto de Infração, que não traz nenhum prejuízo ao contribuinte. Ademais, conforme registrado pela autuante, *o demonstrativo de débito de 12/2005, às fls. 07/08, não faz qualquer diferenciação dentre os outros meses*. Não é demais consignar que tal demonstrativo faz parte do Auto de Infração.

“e” e “g”- o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, dispõe no seu artigo 19, que não implica em nulidade o erro da indicação de dispositivo, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Ademais, o § 1º do mesmo Diploma regulamentar acima referido, prescreve que *as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo*.

No que concerne às arguições defensivas referentes às letras “a” e “d”, verifico que, efetivamente, nos termos do artigo 504, inciso X do RICMS/BA, o contribuinte optante pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, está obrigado a escriturar, apenas, os livros Registro de Saídas

e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, significando dizer que, está dispensado da escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme se verifica da leitura do referido dispositivo regulamentar abaixo transcrito:

“Art. 504. Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

X - os contribuintes que optarem pelo regime de apuração em função da receita bruta estão sujeitos, apenas, à escrituração dos livros Registro de Saídas e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;”.

Assim sendo, não há como exigir o cumprimento de uma obrigação acessória de registro na escrita fiscal das mercadorias que entraram no estabelecimento, haja vista que o autuado não está obrigado a escriturar as entradas em livro fiscal, conforme consignando no Auto de Infração. Rigorosamente, o autuado não descumpriu qualquer obrigação acessória de escrituração, pela inexistência de tal obrigação nesse sentido.

Observo, contudo, que não se trata no caso, de nulidade da autuação, pois, considero válido o ato de lançamento levado a efeito pela autuante. Na realidade, as arguições defensivas relativas às letras “a” e “d” não dizem respeito a vícios que possam atingir a substância do ato, de forma que não tenha este qualquer eficácia, tornando-o nulo. Certamente, dizem respeito ao mérito da autuação, ou seja, não obrigatoriedade de escrituração das entradas de mercadorias na escrita fiscal.

Diante do exposto, a teor do artigo 155, Parágrafo único, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, ultrapassadas as arguições de nulidades apresentadas pelo autuado, considero, no mérito, insubsistente a autuação.

Voto pela improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 115969.0037/06-8**, lavrado contra **BAHIAINVEST INVESTIMENTOS TURÍSTICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR