

A. I. N° - 206826.1028/07-3
AUTUADO - ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ VICENTE NETO e ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13.11.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0340-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Restou comprovado que o débito apurado não corresponde ao valor devido em relação à descrição da infração, enquadramento e tipificação da multa, o que conduz à sua nulidade. Infrações 1 e 13 nulas. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. a) ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a.1) PRODUTOS SUPÉRFLUOS. a.2) FUNDO DE POBREZA. b) DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDA E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. 3. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas, com o recolhimento do respectivo débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/07, exige ICMS no valor de R\$203.293,91, acrescido das multas de 50%, 60% e 70% em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, notas fiscais colhidas pelo sistema PGF, CFAMT (2005) – R\$13.071,05.
02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas (2005) – R\$3.768,11.
03. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Saída de mercadorias tributadas através de notas fiscais como isentas (2005) – R\$2.722,68.
04. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias enquadradas como supérfluas tendo sido aplicada alíquotas de 0%, 10% e 17% (2005) – R\$3.031,82.
05. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se refere a saídas de mercadorias enquadradas como supérfluas (deocolônia), não tendo sido incluído o percentual de 2%, relativo ao fundo de pobreza (2005) – R\$397,19.
06. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se refere a saídas de mercadorias enquadradas como supérfluas, com aplicação de alíquota de 25% – R\$218,35.

07. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se refere a saídas de mercadorias enquadradas como supérfluas (deocolônia), tendo sido aplicado a alíquota de 10%, utilizando a redução prevista no Dec. 7.799, nas saídas através de notas fiscais (2006) – R\$10.916,40.
08. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que não recolheu o fundo de pobreza (2%), relativo a mercadorias enquadradas como supérfluas que tiveram alíquota aplicada de 17% nas saídas através de notas fiscais (2006) - R\$920,19.
09. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se refere às saídas de mercadorias enquadradas como supérfluas (deocolônia), tendo sido aplicado alíquota de 10%, utilizando a redução prevista no Dec. 7.799, nas saídas através de ECF (2006) – R\$5.861,52.
10. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que não recolheu o fundo de pobreza (2%), relativo a mercadorias enquadradas como supérfluas que tiveram alíquota aplicada de 17% nas saídas através de ECF (2006) - R\$1.465,36.
11. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas através de notas fiscais como isentas (2006) - R\$5.351,62.
12. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias (RSM) e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), referente ao mês de junho de 2006 - R\$9.234,45.
13. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, coletadas no PGF, CFAMT (2006) – R\$112.922,39.
14. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, referente ao mês de dezembro de 2006 - R\$24.847,86.
15. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (2005) - R\$8.564,92.

O autuado na defesa apresentada às fls. 469 a 474, preliminarmente esclarece que face ao espaço de tempo para elaboração da impugnação, limita seus argumentos de defesa às infrações 01 e 13, que passou a descrever.

Ressalta o bom nível de relacionamento mantido com o Fisco e da capacidade dos autuantes durante a fiscalização, porém pretende demonstrar a ocorrência de equívocos existentes nos trabalhos dos prepostos fiscais que acarretaram cobrança indevida de imposto nas infrações ora defendidas.

Salienta que conforme disposto no art. 2º do RPAF/BA, no Processo Administrativo Fiscal deve prevalecer o Princípio da Verdade Material para buscar se ocorreu efetivamente o fato gerador e exigência dos créditos tributários, cabendo o ônus da prova ao Fisco, bem como aplicação do Princípio da Legalidade, para verificar se a exigência tributária é respaldada em Lei.

Preliminarmente suscita a nulidade da autuação sob o argumento que para poder exercer o princípio da ampla defesa e do contraditório, é essencial que tenha conhecimento de todas as provas que embasam a acusação fiscal, o que não aconteceu em relação às infrações 1 e 13, motivo pelo qual requer a nulidade do crédito tributário correspondente, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, caso não seja decretada a nulidade pretendida das citadas infrações, pretende comprovar também que improcede a exigência do crédito fiscal das infrações 1 e 13.

Alega que a premissa básica destas infrações, foi a não escrituração das operações de compras supostamente realizadas pelo estabelecimento autuado, mas que, por motivos diversos:

- compras não foram feitas pelo sujeito passivo;
- foram objeto de devoluções;
- foram regularmente escrituradas nos livros próprios;
- não chegaram ao estabelecimento devido a extravios durante o transporte.

Cita como exemplo, relativo à infração 1, que não adquiriu mercadorias junto a empresa ALUMINIC INDUSTRIAL S/A, tendo em vista que não transacionava com a mencionada empresa, bem como o Código Fiscal de Operações (CFOP) indicado é 6949 que não se trata de operações de vendas. Requer a exclusão dos valores relativos às notas fiscais 51733, 54404, 55982, 56836, 57783 e 58538.

No tocante à infração 13, a título de exemplo, indica que as notas fiscais relacionadas na planilha constante do Anexo 1 (fls. 475/476) acostado a impugnação, indica improcedência da exigência fiscal em decorrência dos motivos indicados na coluna à direita (devolvida, sinistrada, escriturada regularmente).

Afirma que antes de exigir o ICMS, os autuantes deveriam por dever de ofício, fazer circularização e analisar a documentação dos emitentes, para certificar-se da veracidade dos argumentos ora colocados. Requer a realização de diligência, para que de posse da documentação fiscal, os autuantes refaçam o levantamento fiscal.

Diz que não obstante as explicações dadas, mesmo que as infrações persistam parcialmente, entende que será obrigatório refazer os demonstrativos fiscais, a fim de conceder os créditos fiscais relacionados nas notas fiscais objeto da acusação, em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, o que fica requerido na diligência solicitada.

Requer, por fim, a improcedência parcial da autuação, o direito de provar tudo que foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio de diligências fiscais.

Os autuantes, na informação fiscal que foi prestada às fls. 553 e 554, inicialmente ressaltam que o autuado promoveu o recolhimento do ICMS exigido das quinze infrações constantes da autuação, exceto as infrações 1 e 13 sobre as quais apresentou defesa.

Com relação à documentação juntada com a defesa, acompanhada da cópia do livro de Registro de Entradas comprovando escrituração de parte de notas fiscais, acata todos os documentos apresentados, inclusive com relação às notas fiscais relativas a empresa Alumic Industrial S/A, por não se tratar de operação de aquisição, bem como não ter como comprovar o contrário já que não foi possível estabelecer contato com a empresa.

Quanto ao pedido de nulidade, afirmam que não pode prosperar, tendo em vista que o contribuinte reconheceu o cometimento de diversas infrações e recolheu parte do crédito fiscal exigido. Quanto à parte que se defendeu, dizem que acatarem integralmente as provas juntadas com a defesa, o que no entendimento deles, torna sem efeito este pleito.

Concluem dizendo que acatarem todas as provas juntadas com a defesa e requerem a procedência parcial da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 556) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal concedido.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 558 a 563, detalhes do pagamento constante no sistema da SEFAZ (SIGAT), inclusive do recolhimento parcial dos valores constantes das infrações 1 e 13.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência para que os autuantes refizessem os demonstrativos, inclusive de débito, relativos às infrações 1 e 13.

Em atendimento à diligência determinada, os autuantes prestaram nova informação fiscal e juntaram novos demonstrativos (fls. 568 a 575), esclarecendo que refizeram os originais, o que resultou em valores devidos de R\$7.024,50 no exercício de 2005 e R\$28.670,67 no exercício de 2006.

A Inspetoria Fazendária intimou o impugnante para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 576/577), mediante entrega da informação fiscal e demonstrativos, por meio de Aviso de Recebimento (AR) dos Correios e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que não teve conhecimento de todas as provas que embasam a acusação fiscal. Com relação às infrações 2 a 12 e 14 e 15, constato que foram juntados ao processo demonstrativos e documentos fiscais que lhe dão suporte e o autuado promoveu o pagamento integral dos valores exigidos. Considero que ao efetuar o pagamento, foi extinto o crédito tributário relativo a estas infrações, bem como houve o reconhecimento tácito das infrações respectivas, tendo em vista que não foram contrapostos argumentos e provas para tentar elidir estas infrações, o que torna sem efeito o pedido de nulidade das infrações em comento.

No que se refere às infrações 1 e 13, o autuado juntou com a defesa demonstrativos às fls. 473 e 475/476, nos quais relacionou notas fiscais constantes dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, bem como juntou cópias das notas fiscais correspondentes, inclusive primeiras vias, o que demonstra ter conhecimento dos demonstrativos originais e posse das notas fiscais nele relacionadas. Ressalte-se ainda, que os autuantes acataram as provas apresentadas junto com a defesa, e esta JJF determinou a realização de diligência, na qual os autuantes refizeram os demonstrativos originais e a Inspetoria Fazendária cientificou o autuado do resultado da diligência, não tendo o mesmo se manifestado no prazo legal concedido. Dessa forma, entendo que estes procedimentos possibilitaram ao autuado, exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual rejeito a nulidade suscitada. Com relação às provas apresentadas junto com a defesa, será apreciado no mérito da questão.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas; praticado operações tributáveis como não tributáveis; erro na aplicação de alíquotas; falta de recolhimento do fundo de pobreza relativo operações com mercadorias supérfluas e recolhimento a menos do ICMS em decorrência das divergências entre os valores lançados no livro REM e RAICMS.

Na defesa apresentada o autuado alegou que pela falta de tempo para elaborar sua defesa, apresentou argumentos e provas apenas das infrações 01 e 13. Após ser cientificado da informação fiscal produzida pelos autuante, o contribuinte não se manifestou e a Secretaria do CONSEF juntou às fls. 558 a 564, detalhe do pagamento das infrações não defendidas.

Observe que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo tributário, direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, precluindo o direito de fazê-la em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a sua impossibilidade, por motivo de força maior. Não ficou demonstrada esta impossibilidade no processo, além de que o impugnante efetuou o pagamento, o que implica na extinção do crédito tributário decorrente. Dessa forma, inexistindo discordâncias em relação aos valores exigidos nas infrações 2 a 12 e 14 e 15, devem as mesmas serem mantidas na sua integralidade. Infrações procedentes.

Com relação às infrações 1 e 13, na defesa apresentada o impugnante alegou que constatou no demonstrativo elaborado pela fiscalização: não ter adquirido mercadorias da empresa ALUMINIC INDUSTRIAL S/A; ter sido computado notas fiscais que foram objeto de devoluções; computado

notas fiscais regularmente escrituradas nos livros próprios e de mercadorias que não chegaram ao estabelecimento devido a extravios durante o transporte.

Na primeira e segunda informação fiscal prestada em decorrência de diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes acataram as alegações defensivas relativas às provas juntadas com a defesa.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que nos demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 23 e 24, foram relacionadas as notas fiscais nºs 51733, 54404, 55982, 56836, 57783 e 58538 com indicação do CFOP 6949, da Aluminic Industrial S/A, que corresponde a outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços não especificados nos códigos anteriores. Também, não foram juntadas ao processo as cópias das mencionadas notas fiscais, nem no momento da lavratura do Auto de Infração, nem quando foi prestada a informação fiscal, sob o argumento da impossibilidade de fazê-lo.

Pelo exposto, aplico o disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, devendo ser admitido como verdadeira a alegação do autuado, face à ausência e recusa de comprovar fato controverso com elemento probatório por parte da fiscalização, o que importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, devendo serem excluídos os valores correspondentes das citadas notas fiscais.

Com relação às demais alegações defensivas, observo que o autuado juntou às fls. 475 e 476, demonstrativo próprio, no qual indicou ao lado de cada nota fiscal, a nota fiscal de devolução de compra correspondente; livro em que foi escriturado e justificativa quanto a não entrada da mercadoria no estabelecimento (sinistro). Juntou às fls. 477 a 548, cópia da nota fiscal de compra e devolução; boletim de ocorrência de sinistro (fls. 480; 523/525) e cópia do registro efetuado no livro Registro de Entrada (fls. 539/548).

No que se refere à infração 13, o autuado juntou com a defesa, demonstrativo às fls. 475/476 no qual indicou que parte das notas fiscais relacionadas como não registradas foram objetos de devoluções; regularmente escrituradas nos livros próprios ou extraviadas antes de chegar ao destino, o que foi acatado pelos autuantes na informação fiscal prestada.

Pelo confronto do mencionado demonstrativo com as vias das notas fiscais juntadas com a defesa, verifico que as mesmas comprovam as alegações defensivas, a exemplo da nota fiscal 11582 emitida pela Bacraft, que foi comprovada com a nota fiscal de entrada 149 (fl. 475), a qual faz referência a nota fiscal original. Da mesma forma, as notas fiscais 292943 e 292935 emitidas pela General Eletric do Brasil, cujas cópias das notas fiscais de entrada 27251 e 27250 comprovam o retorno da mercadoria por devolução (fls. 479 e 480).

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes acataram todas as provas juntadas com a defesa, refizeram os demonstrativos originais que foram reapresentados às fls. 569 a 573, os quais foram entregues ao autuado, que não se manifestou sobre os mesmos.

Apesar de o autuante ter reconhecido parte dos argumentos defensivos, constato que a acusação contida no Auto de Infração é de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas” nos livros fiscais e contábeis, tendo sido enquadrado no art. 2º, §3º, IV do RICMS/BA. Contudo, conforme consta nos demonstrativos originais (fls. 23/24 e 210/219), e da mesma forma na diligência realizada (fls. 569 a 573) foi calculado débito correspondente a 10% sobre os valores das notas fiscais não escrituradas e não a aplicação alíquota prevista para as operações internas de 17%, prevista para as infrações de omissão de saídas de mercadorias decorrentes de entradas não registradas.

Dessa forma, restou comprovado que a demonstração da apuração do imposto foi feita em desconformidade com a descrição da infração, do seu enquadramento e tipificação da multa aplicada. Por isso, declaro nula as infrações 1 e 13, por configurar vício formal insanável, ou seja, ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Represento à autoridade competente, para mandar renovar o procedimento fiscal, em relação às infrações 1 e 13, a salvo de incorreções e omissões.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206826.1028/07-3**, lavrado contra **ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.300,47**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.385,55, 60% sobre R\$62.581,89 e 70% sobre R\$12.333,03, previstas no art. 42, I, “a”, II “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR