

A. I. N°. - 157064.0401/07-2
AUTUADO - FEIRA BOA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E TRANSPORTADORA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET -14.09.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0282-02/09

EMENTA. ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Pela descrição dos produtos fica evidente que não está afeto a materiais para simples consumo imediato, por suas características, observo que se trata de bens duráveis de ativo imobilizado, que tem efeitos tributários diferentes, inclusive, gerando direito ao crédito fiscal, após sua regularização com o pagamento do imposto. Portanto não pode ser mantida a exigência descrita nesta infração como sendo materiais para consumo, porque estaria mudando o fulcro da autuação. Tal lançamento só poderá ser feito em outra ação fiscal. Resta insubsistente esta infração. **2. 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. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97, bem como aos serviços de transporte correspondentes. Alegações defensivas acatadas pelo autuante propiciaram revisão, com redução do valor do lançamento. Infração parcialmente caracterizada. **4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA.** Não cabe a utilização de crédito relativo às mercadorias adquiridas com imposto já recolhido através do regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontre encerrada. Infração subsistente. **5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. b). MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS COMESTÍVEIS DERIVADOS DO**

ABATE DE ANIMAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração caracterizada. **c).** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos decorrentes de operações anteriores, também não contabilizadas. Infração mantida. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2007, foi lançado o crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$94.344,12 e às multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$25.344,08, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

- 1 -deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo exigido o imposto no valor de R\$13.012,46, acrescido da multa de 60%;
- 2 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$25.244,08;
- 3 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88, sendo exigido o imposto no valor de R\$52.752,17, acrescido da multa de 60%;
- 4 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, sendo exigido o imposto no valor de R\$15.720,48, acrescido da multa de 60%;
- 5 - omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo exigido multa fixa no total de R\$100,00;

6 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$10.715,85, acrescido da multa de 70%;

7 - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduz, parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechado 2002 e 2003, sendo lançado o valor de R\$2.143,16, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 382 a 393, alegando que o levantamento contém cobranças com prazos extintos por decadência, valores intempestivos, fora do período fiscalizado e sérios equívocos, que tornariam nulas e improcedentes as cobranças.

Argumenta que o período a ser fiscalizado seria o de 01/01/2002 a 31/12/2003 e a ciência do Auto de Infração se deu em 09/10/2007, diz que, sendo o ICMS tributo cujo lançamento se dá por homologação, já estariam extintos todos os créditos anteriores a 09/10/2007, transcrevendo o art. 150 e § 4º, do CTN, bem como o 1º CC, para defender a sua tese.

Argui que sendo o ICMS tributo sujeito a lançamento por homologação e tendo o prazo decadencial iniciado na ocorrência do fato gerador, estaria extinto o crédito em parte substancial do lançamento contestado.

Pontua que no Auto de Infração, fl. 05, consta informação genérica de que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal.

Alega que entre “centenas” de informações entregues de imediato ao contribuinte, acrescentou-se uma discretíssima informação que estariam sendo devolvidos todos os livros e documentos fiscais.

Aduz que no momento da sua arrecadação, os documentos foram individualmente solicitados em uma única peça, quando afirma a sua devolução, os mesmos foram entregues em linhas obscuras e não vistas de imediatamente pela empresa recebedora. Diz que sequer foi dado momento para que a empresa possa conferir o seu recebimento e que somente quando da defesa constatou a sua ausência, constituindo sério obstáculo para a apresentação da sua defesa.

No mérito, em relação à Infração 1, argumenta que no corpo do Auto de Infração, o autuante citou várias datas em que supostamente haveria ocorrido a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades de Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Aduz que na inicial não se constata quais os documentos fiscais, porque não apresentou a grande maioria das notas fiscais alegadas ao contribuinte, impossibilitando-se de apresentar sua defesa ou prestar quaisquer outros esclarecimentos, por desconhecê-los.

Informa que a empresa tem como sócia outras empresas do mesmo ramo, e muitas das operações entre elas referem-se a remessa momentânea de equipamentos, que sequer torna-se fato gerador do tributo estadual.

Salienta que as cópias das notas fiscais apresentadas estão equivocadas, quais sejam a de nº. 36825 que no levantamento do auditor está com valor de R\$ 790,00 e o correto é R\$ 80,00, a de nº. 11847 que está no levantamento com o valor de R\$ 5.220,02 e o correto é de R\$ 2.900,01(cópia anexa) e a de nº. 11726 que no levantamento tem o valor de R\$ 3.150,00 e o correto é R\$ 580,00.

Aduz que a nota fiscal nº28963 em valor igual a nota fiscal nº36825 que se referiu no parágrafo anterior que segundo o autuado não foi apresentada pelo autuante, supõe que pode ser uma duplicidade de lançamento. Expõe que tendo o autuado empresas coligadas, diz existirem muitos empréstimos de equipamentos que sequer configuram operações de compra e venda, além dos comodatos.

Argumenta que sem conhecer as notas fiscais seria impossível a apresentação da defesa para verificar se realmente foram por ele recebidas ou mesmo direcionadas, dizendo que sequer foi apresentado algum documento que comprove a sua entrada no estabelecimento, e que o referido lançamento uma mera presunção de algo que sequer teve ciência. Cita o art. 28, § 4, II, e o 45 do RPAF/99, para dizer que o Auto de Infração, far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido, também obtidos junto a terceiros ou de que o contribuinte não disponha devem ser fornecidos ao sujeito passivo mediante cópias.

Assevera que na Infração 2, as notas fiscais que o autuante afirma que estavam sem o devido registro na escrita fiscal referente ao exercício de 2002 não corresponde a verdade, diz que para provar sua afirmação, anexa novo levantamento juntamente com cópia do livro de entradas(doc. 01 e 02) onde comprova o devido registro na escrita fiscal. Defende que quanto as que não foram pelo autuado encontradas e que se encontram na relação do autuante, escreve que é de obrigação do autuante entregar cópia ao autuado com provas, inclusive, de que a mercadoria foi recebida pelo contribuinte como prova de sua afirmação e isto o mesmo não fez, cerceando o direito de defesa do autuado, tudo referente aos exercícios de 2002 e 2003.

Destaca que na Infração 3, em relação ao exercício de 2002, além da questão da decadência do lançamento, afirma que o levantamento do auditor fiscal é falho e inaceitável porque o demonstrativo é imprestável e confuso,)(conhece a planilha) porque cobra antecipação tributária de várias notas que já foram pagas a antecipação, conforme xérox do DAE anexa, e cobra novamente a antecipação da mesma mercadoria que lhe fora entregue por terceiro por conta e ordem de seu fornecedor e tem como natureza de operação”remessa por conta e ordem de terceiros”. Argui que nesse caso não caberia a cobrança da antecipação, pois devido ao encomendante. Narra que em relação aos DAE por antecipação, anexa as vias originais das notas fiscais bem como os DAE originais, para contestação da improcedência do lançamento. (docs. 05). Aduz que os DAE não vistos pelo autuante são justamente os decorrentes de recolhimento nas fronteiras, (DAEs avulsos).

Relata que em relação ao exercício de 2003, o autuante não devolveu as notas que lhes foram entregues para que pudesse conferir os itens autuados, garante que todas elas estão lançadas no livro de registro de entradas de mercadorias, tendo constatado que algumas notas sequer é devida a antecipação, porque tratam-se de peças de veículos(NF 1876, 2457, 5068) ou ainda uso e consumo da empresa como “displays” (ver NFs 33518, 33709 e 33948) todas oriundas da mesma coligada em Goiás. Diz que caso contrário o que ocorreria seria unicamente um mero atraso no recolhimento, isto é, deixou de ser recolhido antecipadamente nas entradas para ser recolhido quando no momento das saídas e/ou retenção substituição.

Quanto à Infração 4, informa que se trata de crédito utilizado quando nos retornos das vendas de mercadorias a negociar. Quadra que nas referidas vendas a negociar, não constitui prejuízo ao tesouro estadual. Acrescenta que as notas fiscais citadas pelo autuante não foram encontradas

entre as devolvidas, o que se pressupõe que as mesmas ficaram retidas pela fiscalização e, desde já, requer cópias das mesmas para melhor esclarecer a sua defesa.

No que se refere à Infração 5, argumenta que nos termos da infração 02, acusa-se a empresa de haver dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Entende que as mesmas notas fiscais alegadas estariam no levantamento quantitativo de entrada e saída de mercadorias, diz que tal fato não ficou esclarecido. Assevera que o autuante não anexou relatório individualizado das notas fiscais de entradas com as respectivas quantidades de cada item relativo ao exercício de 2002. Prega que em todo levantamento quantitativo de entrada e saídas de mercadorias se faz necessário. Diz que no presente lançamento, foram individualizados as mercadorias selecionadas, os estoques iniciais e finais, bem como as saídas de mercadorias e procurando identificar quais as notas fiscais utilizadas pelo fisco para identificar as entradas não foi possível para a autuada, porque segundo o autuado não foi anexada.

Argumenta que quanto ao demonstrativo do Levantamento da Entradas, referente a 2003, este não guarda coerência em relação ao Demonstrativo de Cálculo das Omissões no mesmo exercício, não completando dezenas de notas fiscais de entrada da empresa.

Garante que as leituras estão divergentes, porque não existem quantidades quebradas de itens, 1.281, 21 unidades de batata sliper, por exemplo, fala que referidas quantidades duvidosas são constantes em todo o levantamento, e que alguns itens foram para o ativo fixo/consumo, e constam no totalizador, como display cód. 70281, codificado como substituição tributária.

Informa que creme dental extra forte cód. 31151 é o mesmo de creme dental extra, escreve que no primeiro item, as entradas são geralmente em caixa, enquanto no segundo, as saídas são em dúzias.

Descreve que quanto às notas fiscais alegadas no item 02 – o qual não sabemos se estão repetidamente inclusas - diz que estas sequer foram entregues ao autuado para subsidiar a sua defesa. Exprime que se não foram levadas em consideração, a contagem de estoques já estaria temerária, segundo o autuado não se trataria de omissão de entrada, mas simplesmente de falta de escrituração, cuja penalidade já estaria devidamente tipificada. Argumenta que muitas notas fiscais alegadas estavam devidamente escrituradas.

Argui que não somente aquelas notas fiscais devem ser do conhecimento da defendente, como também o relatório individualizado das notas fiscais de entradas, informa que permanecendo o contribuinte sem o conhecimento das notas constantes nas entradas e utilizadas no lançamento, do fato de que as notas constantes na suposta infração 2 estariam ou não inclusas no levantamento fiscal e, ainda, o conhecimento daquelas notas fiscais que não foram apresentadas, estaria seriamente prejudicada a defesa do autuado.

Na Infração 6, profere que a cobrança por falta de recolhimento do imposto por aquisição de mercadorias sem nota fiscal, é uma duplicidade, porque pelo relatório totalizador, entende que somente mediante a comprovação de saídas com notas fiscais é que se comprovaria a compra sem notas fiscais, porque mediante saídas formalizadas é que se comprovaria entradas informais. Entende que no momento das saídas formalizadas, isto é, com omissão de notas fiscais, já houve o recolhimento do imposto.

Pontua que o ICMS é tributo não cumulativo, que se a empresa não aproveitou créditos nas entradas, pagaria todo o imposto devido monofasicamente quando nas saídas. Aduz que se as saídas são formais os tributos foram recolhidos. Entende que os tributos que supostamente deixaram de ser recolhidos quando nas entradas foram devidamente recolhidos nas saídas. Argumenta que a falta de escrituração, no presente caso, implica multa acessória, e nunca numa nova cobrança de imposto sobre o mesmo produto, porque acha que permanecendo este entendimento ensinaria a conhecida figura do “bis in idem”.

Quanto à Infração 7, argumenta que se assemelha com a 6, porque o autuante a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária quando adquiriu – supostamente – sem notas fiscais. Enfatiza que a constatação se deu da mesma forma, através da comprovação das saídas com notas fiscais, referidos tributo foram recolhidos no momento da venda. Diz que o princípio da não cumulatividade do ICMS não foi quebrado, porque se não aproveitou dos créditos antecipados, recolheu seus tributos integralmente, mediante a emissão de notas fiscais. Diz que sequer houve falta de recolhimento, mas no máximo, atraso de recolhimento, pois o que não foi recolhido nas entradas foi feito nas saídas. O Argui que o “ICMS antecipado” não tem natureza distinta do ICMS, são o mesmo tributo. Aduz que a antecipação nada mais é do que uma sistemática de recolhimento, e a mudança da sistemática do recolhimento não implicaria na falta de recolhimento. Afirma que atraso no recolhimento não é a mesma coisa de falta de recolhimento.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo e no seu mérito seja declarada a sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 467 a 469, arguindo, discorre sobre as alegações defensivas e diz que em relação à decadência se abstém de fazer comentários sobre questões doutrinárias do Direito Tributário. Entende que não há que se falar em decadência, na presente questão, mantendo a autuação.

Argumenta que o todos os documentos objeto da fiscalização foram devolvidos, salienta que exigiu da funcionária da empresa, procuração com poderes para receber a documentação e dar ciência ao auto de infração, conforme folhas nº. 367, onde consta poderes para a funcionária Flávia Miela com o fim de realizar o objeto da procuração.

Argumenta que em se tratando da Infração 01 – cobrança de diferencial de alíquota, nas compras para o consumo, o autuado alega desconhecer as notas fiscais que fundamentaram a cobrança do imposto, mas faz comentários sobre erro nos valores das notas fiscais 36825, 11847 e 11726 e diz que os valores corretos são R\$80,00, R\$ 2.900,01 e R\$ 580,00, respectivamente e anexa documentos às folhas 419 e 420.

Salienta que no seu entendimento a empresa não deve desconhecer documentos que por ela são informados ao Estado, e registra em seus livros fiscais. Aduz que diante das alegações e visto os documentos acostados o processo, refaz os cálculos do valor da infração, alterando os valores das notas fiscais nº.s 36825 e 1184, conforme demonstrativo que anexa às folhas nº.s 470 e 471, com o valor da infração reduzido para R\$ 12.604,25. Informa que sobre a nota fiscal nº. 11726, o autuado não anexa prova.

Em relação à Infração 02 – “Notas Fiscais de Compras de Mercadorias no Sistema CFAMT e Não Registradas no Livro do Contribuinte,” aduz que analisados os documentos acostados ao processo, tais como, demonstrativos das folhas 395 a 402 e cópias do livro de Registro de Entrada, constatou que as alegações da autuada são verdadeiras em parte, ou seja, apenas as notas fiscais de nº.s 24263, 24270, 15907, 24725, 17983, 9181, 22308, 25427, 25428, 26219, 26064, 10626, 26210, 31143, 2955, 8547, 10547, 34769 e 17361, permanecem seus valores na base de cálculo do valor da infração, que fica reduzido para R\$ 9.955,26, conforme demonstrativo que anexa às folhas 472 e 473.

Quanto à Infração 03 – “Antecipação nas Compras de Mercadorias Enquadradas no Regime de Substituição Tributária, efetuadas em Outros Estados da Federação” diz que analisando os documentos acostados ao processo às folhas nº.s 422 a 464, concluiu pela exclusão das notas fiscais de nº.s 21684, 21692, 21694, 21713, 21714, 21716, 21717, 21719, 21721, 22125 e 22147 da base de cálculo da presente infração no exercício de 2002 e as notas fiscais nº. 33518, 33709 e 33948 com relação a 2003, pelos motivos alegados. Esclarece que está anexando novos demonstrativos para os exercícios de 2002/2003, conforme folhas nº.s 474 a 479, com a infração reduzida para R\$

49.934,47. Sobre as notas fiscais nº.s 1876, 2457 e 5068, permanece no demonstrativo de 2003 por falta de prova documental que comprove a alegação.

Na Infração 04 – Uso Indevido de Crédito Fiscal Relativo a Aquisição de Mercadoria com Imposto Pago por Antecipação, entende que a infração deve permanecer na sua integralidade, pelo fato de o autuado não provar suas alegações, cita por exemplo, a nota mãe, relativa à saída da mercadoria e com imposto destacado. Afirma que a presente infração tem origem na documentação constantes das folhas nº.s 72 a 111 e demonstrativo à folha nº. 34, cujas cópias garantem que foram entregues, ao autuado.

Quanto às Infrações 5, 6 e 7 - “Omissão de Entradas de Mercadorias em Levantamento Quantitativo de Estoque – exercício fechado, salienta que o autuado, em sua peça defensiva apenas faz ilações sobre as infrações com seus valores, conforme o Auto de Infração.

Finaliza, pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuado apresenta manifestação, fls.486 a 489, reitera os termos das alegações defensivas, pontua que houve um equívoco, nas razões do atuante, quando alega haver entregue todos os documentos ao autuado, e ainda alega suposta contradição da defesa, quando diz que “... alega desconhecer as notas fiscais que fundamentaram a cobrança do imposto, mas faz comentários sobre erros nos valores das notas fiscais”. Argumenta que pelas razões do atuante, o recorrente diz não haver recebido as notas fiscais que originaram o auto de infração, diz que em verdade, o atuante declara que não recebeu a totalidade de tais documentos, e que diversos valores constantes das planilhas apresentadas pelo autuante, não foram demonstradas de quais notas fiscais seriam. Aduz que o atuante informa que os documentos foram entregues a preposto com instrumento de procuração devidamente anexado ao processo, fato que vez alguma foi contestado, ou sequer comentado pelo recorrente.

Enfatiza que houve cálculo para cobrança de diferencial de alíquota, nas compras para consumo, que contesta, informando que o atuante não demonstra claramente de quais notas fiscais seriam as diferenças, diz que o atuante se limita a dizer que o recorrente conhecia as notas fiscais, que constam nos itens do Sintegra e livros fiscais, e não presta a informação pleiteada pelo recorrente, que é o detalhamento das notas fiscais que originariam tal diferença. Afirma que pelos livros fiscais e Sintegra gerados e transmitidos pelo recorrente, não haveria diferenças alguma, argumenta que o que se questiona, em tal item, seriam diferenças emergentes de notas fiscais não lançadas, ou não apuradas, entendendo que o ônus da prova é do autor da denúncia e não da recorrente.

Conclui requerendo a manutenção dos argumentos defensivos e que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O atuante presta nova informação fiscal, fl.497, alegando que o autuado se limita a comentar o conteúdo de sua contestação sem apresentar fato novo que possa alterar o que já fora exposto, finaliza sugerindo a manutenção do Auto de Infração com as alterações realizadas.

VOTO

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 do CTN, argumenta ter decaído o direito de a Fazenda Pública de constituir os créditos tributários anteriores a 09/10/2007 porque já estariam extintos todos os créditos no período constantes do Auto de Infração, haja vista que o lançamento ocorrera há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O Auto de Infração teve sua ciência pelo autuado em 09/10/2007, o período fiscalizado foi entre 01/01/2002 à 31/12/2003, portanto menos de 05 anos do início do procedimento fiscal, ou mesmo da ciência do Auto de Infração. Sendo assim, não há o que se falar em decadência ou prescrição. Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, somente se operaria após o dia 31/12/2007.

Quanto a alegação de que não houve a devolução integral de todos os documentos fiscais, não tem pertinência, saliento que no Auto de Infração, à fl.05, consta declaração com assinatura do autuado, de que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal, e na referida folha, logo acima consta a indicação dos demonstrativos anexos com os respectivos períodos levantados, e de outros modos declarou que recebeu analiticamente os elementos que fundamentaram a autuação no documento de fls. 12 a 14; 17 a 21; 23 a 26; 28; 31 a 43-A; 376 verso; 306; 307; 311; 320; 322; 366; 367-procuração; 370; 375; 377; 378; 379; todos antes da defesa e fl. 483 após informação fiscal. Os documentos não juntados aos autos e consequentemente não entregues suas cópias ao contribuinte, referente à Infração 01, foram excluídos da autuação, visto que o autuante só comprovou a existência da nota fiscal juntada à fl. 248 do PAF. Portanto assiste razão ao contribuinte em relação às notas fiscais relacionadas na planilha da Infração 01, cujos fatos serão apreciados na análise das questões materiais.

Ademais, foram ajustadas as incorreções e omissões e dado cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para o contribuinte sobre eles pudesse se manifestar, se quisesse, (§1º, art. 18, do RPAF), não havendo qualquer cerceamento ao seu direito da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, constato que através da presente autuação foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de sete infrações, que passo a examiná-las.

Na Infração 01 que se refere à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, o autuante relacionou em sua planilha diversas notas fiscais e lançou o imposto, mas só juntou nos autos para comprovar a autuação a Nota Fiscal nº 28476, de 15/08/2003, fl.248, lançada no livro de Registro de Entradas, fl.285. Portanto assiste razão ao contribuinte quando disse que não recebeu cópia de todos os documentos fiscais que embasaram os cálculos na exigência do diferencial de alíquota, visto que este fato fora contestado pelo contribuinte, o autuante tomou conhecimento, e em nenhum momento colacionou aos autos nem comprovou ter feito a entrega ao sujeito passivo das demais notas fiscais relacionadas em sua planilha à fl. 40, que fundamentou esta infração.

Por outro lado, analisando a mencionada nota Fiscal nº 28476, acostada aos autos, fl. 248, verifica-se que no campo “descrição dos produtos” se encontra registrado como sendo uma “máquina automática modelo VS-250, acompanhada de plataforma e distribuidor para 4 balanças, e 2 esteiras”. Pela descrição dos produtos fica evidente que não está afeto a materiais para simples consumo imediato, por suas características, observo que se trata de bens duráveis de ativo imobilizado, que tem efeitos tributários diferentes, inclusive, gerando direito ao crédito fiscal, após sua regularização com o pagamento do imposto. Portanto não pode ser mantida a exigência descrita nesta infração como sendo materiais para consumo, porque estaria mudando o fulcro da autuação. Tal lançamento só poderá ser feito em outra ação fiscal. Resta insubsistente esta infração.

Em relação a exigência correspondente à infração 02 por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, de notas fiscais de

compras de mercadorias capturadas pelo CFAMT, o autuante disse que analisando os documentos acostados ao processo, demonstrativos folhas 395 a 402 e cópias do livro de Registro de Entradas, constatou que as alegações do autuado são verdadeiras em parte, porque não foram comprovados os registros das notas fiscais de nºs 24263, 24270, 15907, 24725, 17983, 9181, 22308, 25427, 25428, 26219, 26064, 10626, 26210, 31143, 2955, 8547, 10547, 34769 e 17361, permanecendo os seus valores na base de cálculo do valor da infração. Analisando os lançamentos levado a efeito no livro Registro de Entradas verifica-se que as demais notas fiscais relacionadas na planilha originária, tiveram comprovados os seus registros, por isso concordo com os novos valores demonstrados pelo autuante em suas planilhas fls. 472 e 473, cujas cópias foram recebidas pelo contribuinte, que por vez, não trouxe em sua manifestação novos elementos modificativos dos seus registros, ficando reduzido o montante da autuação dessa infração em comento, de R\$25.244,08, para R\$9.955,26, conforme demonstrado nas planilhas do autuante, às fls. 472 e 473. A falta de escrituração no Registro de Entradas de mercadorias tributáveis aplica-se a multa de 10% do valor comercial das entradas de mercadorias não registradas, por descumprimento de obrigação acessória (art. 42, IX da Lei nº 7.014/96). Infração parcialmente caracterizada.

A Infração 03 se originou do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88. Observo que o autuante informou que analisando os documentos acostados ao processo às fls. 422 a 464, acatou as alegações defensivas e excluiu da base de cálculo da infração os valores atinentes às notas fiscais de nºs 21684, 21692, 21694, 21713, 21714, 21716, 21717, 21719, 21721, 22125 e 22147 do exercício de 2002 e das notas fiscais nº. 33518, 33709 e 33948 com relação a 2003, elaborou novos demonstrativos fls. 474 a 479, e reduziu o montante da infração de R\$52.752,17 para R\$ 49.934,46, consoante planilhas do autuante, às fls. 475 a 479. Disse que as notas fiscais nº.s 1876, 2457 e 5068, permanecem no demonstrativo de 2003 por falta de elementos que comprovem a alegação. Coaduno com o procedimento revisional do autuante. O contribuinte tomou ciência dos ajustes feitos pelo autuante, recebeu cópia da nova planilha, faz referências a tais planilhas demonstrando ter efetivamente recebido suas cópias. Se manifestou, porém, não trouxe novos elementos contestando os números, se limitou em reiterar as suas razões defensivas. Infração elidida parcialmente.

Quanto à Infração 04, foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Analisando as notas fiscais às fls. 72 a 111, verifico proceder a exigência, constatei que se trata de entradas, decorrentes de retorno de mercadorias com sua fase de tributação encerrada, como não constava destaque do imposto na nota fiscal o sujeito passivo calculou o seu valor manualmente (“por fora”), e fez o uso do crédito fiscal, o que é vedado, visto que, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes, com as mesmas mercadorias, (art.356 do RICMS/97). Ficando assim mantida a exigência nesta infração.

Na Infração 05 está sendo exigida multa fixa nos exercícios de 2002 e 2003, decorrente de omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Na peça de defesa o contribuinte insurgiu-se contra a infração, alegando que o autuante não anexou relatório individualizado das notas fiscais de entradas com as quantidades, nos exercícios de 2002 e 2003 e que não foram contempladas as notas fiscais da empresa, contudo não trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse a sua alegação. Ao contrário do que alegou, os demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque encontram-se anexos ao PAF, fls. 305 a 379, e deles o contribuinte recebeu cópias. Trata-se de levantamento quantitativo em exercício fechado, e no presente caso houve omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à

tributação, pelo que, foi aplicada corretamente a multa fixa transcrita no auto de Infração, exercícios 2002 e 2003, pelo descumprimento da obrigação acessória, consoante art. 5º, inciso III, da Portaria nº445/98, com multa prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

A infração 06, exige falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias e a Infração 07, resultante do mesmo levantamento, exige a falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Em relação às infrações 06 e 07, saliento que o contribuinte recebeu cópias dos demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque correspondente, que se encontram anexos ao PAF, fls. 305 a 379. O sujeito passivo, em sua peça defensiva, não trouxe aos autos qualquer demonstrativo ou elemento indicativo de erros ou incorreções nos procedimentos adotados pela fiscalização, apontando a cobrança em duplicidade, bem como a comprovação de que o tributo fora recolhido no momento da venda, consoante sua alegação. Não há contestação objetiva que ofereçam elementos materiais para elidir as imputações concernentes a tais infrações. Resta a manutenção integral das aludidas exigências.

Voto pela PROCEDENCIA 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. **157064.0401/07-2**, lavrado contra **FEIRA BOA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E TRANSPORTADORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 78.513,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$67.798,10 e 70% sobre R\$10.715,85, previstas nos incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, e III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$10.055,26**, previstas nos incisos IX e XXII, do mesmo artigo e diploma legal e dos acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2009.

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA