

A. I. N° - 130609.0006/08-2
AUTUADO - UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/07/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-03/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. BRINQUEDOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO FISCAL. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. CUPONS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Verificado que parte das operações encontrava-se escriturada, embora de forma irregular. Excluídos os valores respectivos nos meses de julho, outubro e dezembro/2004, cujos lançamentos foram efetuados de forma irregular, ocasionando a nulidade de parte da exigência fiscal. Recomendado o refazimento da ação fiscal em relação às operações irregularmente escrituradas nos meses mencionados. Imputação procedente em parte. Não acolhida a arguição de decadência, pois o lançamento está em consonância com o prazo previsto pela Lei n° 3.956/81 (COTEB). Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em estudo foi lavrado em 23/12/2008 e exige ICMS no valor total de R\$642.640,41 em razão de duas infrações.

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Mês de março/2004. Demonstrativos às fls. 191 e 236, cópias das notas fiscais às fls. 192 a 195. ICMS no valor de R\$1.769,89, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte lançou a menos valores de saídas registradas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. Exercício de 2004 – meses de fevereiro, março, maio a dezembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro. Demonstrativos às fls. 09 a 27, 232 a 235, 263 a 274; cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Saídas, ambos dos exercícios de 2004 e 2005, às fls. 09 a 190. ICMS no valor de R\$640.870,52, acrescido da multa de 70%.

Consta, à fl. 02 do Auto de infração, a observação “Contribuinte recusou-se a assinar a ciência em 29/12/08.”

Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais à fl. 07, com aposição de carimbo da empresa autuada e data de ciência do contribuinte em 04/11/2008.

À fl. 197, recibo do registro do Auto de Infração em 29/12/2008, expedido eletronicamente pela Inspeção do Varejo/ SAT/ DAT Metro.

O sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 210, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 203 a 209 preliminarmente arguindo que, diante do fato de que a sua cientificação do Auto de Infração ocorreu em 06/03/2009 (Intimação e Aviso de Recebimento – AR emitido pelos correios às fls. 200 e 201), teria ocorrido decadência parcial do débito, em especial do débito com data de ocorrência de 28/02/2004 (Infração 01). Cita Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Alega preliminares de nulidade aduzindo que o “trabalho fiscal não observou rito essencial.” Diz que o Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais (fl. 07) encontrar-se-ia sem data de emissão pelo autuante, e sem o “ciente” por parte dele, autuado.

Que o Auto de Infração encontrar-se-ia despido de elemento essencial para sua validade, que seria o início do procedimento previsto pelo artigo 26 do RPAF/99, mais especialmente o seu inciso III.

Assevera que no processo não constaria a declaração de devolução dos livros e documentos fiscais dele, contribuinte, e que esta declaração estaria “prevista pelo art. 28, § 3º, inciso VII do RPAF/99.”

Que a “ausência de tal termo de início de procedimento fiscal cria reflexos para todo o trabalho desenvolvido, pois impede que o Contribuinte identifique como foi feito o levantamento fiscal previsto pelo art. 936 do RICMS,” que transcreve.

Afirma “Impede-se, assim, até mesmo a conferência, pelo Contribuinte e por este Conselho, de que o art. 29, 1º, do RPAF/99 foi cumprido,” e copia o parágrafo primeiro do artigo 28 do RPAF/99, à fl. 207.

No mérito o argüi, quanto à imputação 01, que o Fisco não identificou as mercadorias objeto da imputação, no demonstrativo do levantamento fiscal, o que teria inviabilizado a ele, contribuinte, a verificação da procedência da acusação.

Em relação à imputação 02, diz que os números apresentados pelo autuante não revelariam, “com exatidão, as distorções apontadas no período fiscalizado. Ou seja, as diferenças, por exemplo, de R\$5.000,00 e R\$10.000,00 apontadas nos meses de fevereiro e março de 2004 carecem de sustentabilidade documental, pois o ilustre Auditor Fiscal Autuante não iniciou o procedimento fiscal, repita-se.”

Diz que não sendo, a hipótese dos autos, de dispensa prevista pelo artigo 29 do RPAF/99, entende que o trabalho fiscal deveria ser anulado. Que, mesmo nos casos em que o procedimento fiscalizatório existiu, teria sido firmado por servidor que não deteria competência legal para tanto, este Conselho de Fazenda concluíra pela nulidade, e transcreve Ementa de Acórdão da 1ª JFJ acerca ação fiscal que teria sido realizada por servidor sem competência legal.

Fala sobre as relações Fisco-Contribuinte, da segurança jurídica e da boa-fé administrativa. Copia texto de jurista.

Diz que o artigo 26 do RPAF/99 prevê prazos para a duração do procedimento fiscal, e Termo de Início de Fiscalização.

Diz que não teria havido “a regular intimação do contribuinte para apresentação dos documentos necessários à fiscalização, de forma que todos os registros contábeis realizados pecam pela insegurança.”

Conclui pedindo o julgamento pela nulidade das imputações “em razão da inobservância ao art. 26 do RPAF/99”, e a declaração de decadência do crédito constituído na infração 01.

O sujeito passivo acosta, à fl. 216, cópia de fax enviado em 05/11/2008 pela empresa “BMART Brinquedos (Salvador)”, com cópia, sem assinatura do contribuinte, do Termo de Intimação acostado pelo Fisco à fl. 07, sendo este de fl. 07 documento original, com assinatura da empresa autuada datada de 04/11/2008, e oposição de carimbo do contribuinte.

O autuante presta informação fiscal à fl. 220 aduzindo que o contribuinte alega decadência parcial do crédito constituído, especificamente do crédito com data de ocorrência em 28/02/2004. Que tal alegação improcede totalmente porque o contribuinte foi regularmente intimado, fiscalizado e autuado no exercício de 2008, conforme pode ser constatado no PAF, tendo sido o Auto de Infração lavrado e registrado no prazo legal, ainda no exercício de 2008.

Que a recusa do contribuinte em assinar o Auto de Infração, na data em que lhe foi apresentado, em seu estabelecimento comercial, dentro do exercício de 2008, é que motivou o seu encaminhamento via postal. Que tal fato não pode aproveitar quem tenha praticado a conduta irregular, conforme a melhor doutrina e jurisprudência consolidada.

No que se refere à Infração 01, informa que não procede a alegação defensiva tendo em vista que foram anexadas ao Auto de Infração cópias das notas fiscais de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, às fls. 192 a 195, nas quais é possível a identificação das referidas mercadorias.

Que o autuado alega que, por falta do devido ciente por parte dele, contribuinte, ou qualquer seu preposto, no Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, as infrações 01 e 02 não deveriam prosperar mas que, no entanto, basta folhear os autos do PAF para constatar, à fl. 07, o documento reclamado pelo contribuinte em sua defesa.

O autuante ressalta que todos os dados coletados pela Fiscalização basearam-se em informações constantes em livros fiscais e documentos fiscais devidamente fornecidos pelo contribuinte, conforme pode ser averiguado pelas cópias anexadas às fls. 28 a 195 do PAF.

Conclui expondo que, diante da total ausência de defesa quanto aos fatos jurídicos que deram origem à autuação, solicita a declaração de total procedência do Auto de Infração.

Às fls. 224 e 225, considerando que os demonstrativos analíticos referentes à Infração 02, acostados às fls. 16, 19 e 20, trazem valores de ICMS a recolher diversos daqueles constantes no demonstrativo de débito do Auto de Infração, em relação aos meses de julho, outubro e dezembro do exercício de 2004; na busca da verdade material; e considerando a necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante acostasse ao processo o recibo de devolução dos livros e documentos fiscais arrecadados para fins da ação fiscal em foco, devidamente datado e assinado pelo sujeito passivo. Que o autuante, em relação à Infração 01, acostasse ao processo demonstrativo do levantamento fiscal acrescentando, aos itens já elencados no demonstrativo de fl. 191, a discriminação das mercadorias objeto da ação fiscal. E, em relação à Infração 02, verificasse a divergência entre os demonstrativos analíticos e os valores de ICMS lançados para os meses de julho, outubro e dezembro do exercício de 2004 elaborando, caso necessário, novo demonstrativo do débito apurado de ofício.

Esta 3ª JJF também deliberou que a INFAZ de origem, após o atendimento da Diligência pelo Auditor Fiscal autuante, com a reabertura do prazo de defesa, entre documento de fl. 07, Termo de Intimação para apresentação de Li

fiscais de fls. 192 a 195; daquela Diligência; e cópia de todos os documentos acostados ao processo pelo preposto do Fisco, em seu cumprimento.

O autuante presta nova informação fiscal à fl. 227, à qual anexa documentos e demonstrativos às fls. 228 a 237, em atendimento à diligência. Aduz que o demonstrativo de débito dos meses de julho, outubro e dezembro/2004 é uma repetição do “Demonstrativo Resumo do Conta-Corrente do ICMS, anexado à fl. 09, e que se refere ao levantamento de dados constantes dos livros Registro de Entradas, Saídas, e de Apuração do ICMS, do contribuinte, cujos saldos apurados em tais meses apresentaram diferenças contra o erário.

Quanto ao demonstrativo do ICMS devido por antecipação parcial, de março/2004, aduz que seria desnecessário ante o demonstrativo semelhante, anexado à fl. 191, acompanhado de cópias das notas fiscais correspondentes, às fls. 192 a 195.

O autuante informa também que destes documentos, que anexa, e também das cópias da notas fiscais às fls. 192 a 195, foram entregues cópias, e inclusive cópia daquela informação fiscal que estava prestando, ao autuado.

Na mesma intimação de fl. 227 o autuante concede, ao sujeito passivo, o prazo de 30 dias relativos à reabertura de seu prazo para apresentação de impugnação, citando a Diligência desta 3ª Junta, de fls. 224 e 225.

Na informação fiscal consta recibo do contribuinte com o texto “Recebi cópia da presente Informação e de todos os Documentos nela referidos. Em 08/09/2009.”

Às fls. 231 a 237 o autuante acosta documentos. À fl. 231, cópia do Termo de Intimação de fl. 07, assinado em 04/11/2008 pelo contribuinte; à fl. 232, cópia de demonstrativo de débito dos meses de julho, outubro e dezembro, explicitando quais valores lançados nestes três meses, no Auto de Infração, foram apurados conforme demonstrativo de fl. 09 (Resumo do Conta-Corrente do ICMS) e quais valores foram apurados conforme demonstrativo de fl. 20 (Roteiro ECF – vendas realizadas com emissão de cupom fiscal); à fl. 233, cópia do Demonstrativo Resumo do Conta Corrente do ICMS, já acostado à fl. 09; à fl. 234 e 235, cópia do levantamento fiscal realizado com cupons fiscais nos meses de outubro e dezembro/2004, também já acostado as fls. 18 e 20 dos autos; à fl. 236, Demonstrativo de ICMS devido por antecipação parcial, discriminando as mercadorias; à fl. 237, cópia do demonstrativo original referente ao ICMS devido por antecipação parcial, já acostado à fl. 191. Em todos estes demonstrativos há aposição de carimbo e recibo do contribuinte quanto a ter-lhe sido entregue cópia.

O contribuinte volta a pronunciar-se às fls. 245 a 248 aduzindo manifestar-se sobre a informação fiscal, “o que faz em nova Impugnação, pois “reaberto” o prazo de trinta dias para tanto.”

Preliminarmente, o contribuinte repete as alegações defensivas quanto à decadência e à ausência de segurança quanto ao início e ao término da ação fiscal, e argüi que esta 3ª Junta determinou ao autuante que acostasse ao Processo “o recibo de devolução dos livros e documentos fiscais arrecadados para fins da ação fiscal em foco, devidamente assinado e datado pelo sujeito passivo.” Que esperava-se que tal documento tivesse sido emitido no encerramento da fiscalização, mas que agora ter-se-ia constatado que isso não teria ocorrido, pois o Auditor se limitou a registrar que “foram entregues cópias, inclusive desta peça de INFORMAÇÃO FISCAL, ao representante do Autuado, que declara neste ato ter recebido, na época própria, os livros e documentos, arrecadados pelo autuante e submetido à ação fiscal.”

O contribuinte destaca “que na cópia disponibilizada à Autuada (Doc. 03) apenas foi lançado o seguinte registro pelo seu funcionário: “Recebi cópia da presente informação e de todos os Documentos nela referidos. Em 08/09/2009”.” E que, pelo menos que os sócios da empresa, não teria sido feita qualquer espécie de declaração de que foram recebidos “na época própria”.

O autuado aduz que não estaria querendo criar polêmica, mas que existiria insegurança quanto à data do término da ação de fiscalização, com a devolução dos livros, “em desatendimento à regra contida no art. 28, § 3º, inciso VII, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.”

O contribuinte passa a pronunciar-se sobre o mérito da infração 02 aduzindo que, quanto ao exercício de 2004, aduz que, com a informação fiscal, foi anexado demonstrativo de débito, apontando que, com exceção dos meses de julho, outubro e dezembro, os demais meses do exercício de 2004 apresentaram saldo credor de ICMS (fl. 249, cópia do “Demonstrativo Resumo do Conta-Corrente do ICMS”), pelo que afirma que não haveria imposto devido no período. Aduz que persiste uma incompatibilidade, porém, para os meses de outubro e dezembro, pois apesar de no demonstrativo do débito anexado pelo autuante (fl. 250), ter sido lançado um débito de R\$45.641,88 (outubro/2004) e de R\$86.291,88 (dezembro/2004), no anexo (fl. 249) foi destacado ICMS a pagar de R\$323,46 (outubro/2004) e de R\$1.044,54 (dezembro/2004).

Conclui pedindo a declaração de nulidade das duas infrações, e da decadência do crédito constituído na Infração 01, conforme já exposto em sua primeira impugnação.

O contribuinte acosta, às fls. 249 a 251, cópias do levantamento dos demonstrativos do levantamento fiscal realizado, já acostadas pelo Fisco às fls. 232 e 233, e da informação fiscal de fl. 227.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 254 e 255 aduzindo que manifesta-se sobre a segunda impugnação do contribuinte.

Em relação à alegação defensiva de que não teria devolvido os livros e documentos fiscais arrecadados quando da ação fiscal, cita, transcrevendo seu o quarto parágrafo, o recibo de fl. 227 dos autos, “cuja cópia foi entregue ao Sr. George Luiz Oliveira da Silva, Gerente Administrativo da autuada que também assinou a intimação (fls 07 do PAF), não deixa margem para sofismas: “Destes documentos anexos e, também, das cópias das Notas Fiscais (fls. 192/193/194 e 195 do PAF) foram entregues cópias, inclusive desta peça de INFORMAÇÃO FISCAL, ao representante do Autuado, que declara neste ato ter recebido, na época própria, os livros e documentos, arrecadados pelo autuante e submetidos à ação fiscal”. (em negrito no original)

O autuante afirma que, da leitura do parágrafo que transcreve, especialmente do trecho destacado em negrito, extraído da informação fiscal, é indubitável que a empresa foi regularmente submetida à fiscalização e teve a sua documentação devolvida na época do encerramento da ação fiscal, em 23/12/2008, data da lavratura do Auto de Infração. Que a recusa da empresa quanto a “dar ciência, se deu sob a alegação de não haver pessoa legalmente habilitada (sócio ou mandatário) presente naquela oportunidade devido às festividades natalinas e ao fato dos seus sócios residirem em outro estado da federação.”

O preposto do Fisco pronuncia-se acerca das alegações defensivas quanto ao Demonstrativo do Resumo do Conta Corrente do ICMS, expondo que os valores devidos do ICMS apurados no “demonstrativo do resumo do conta corrente do ICMS”, pág. 09 do PAF, “foram encontrados após confronto entre os valores lançados no Livro Registro De Saídas do contribuinte (fls. 156 do PAF- onde está grafado, na página 8 do livro de Saídas, a lápis, a prosaica instrução: *diminuir 50.000,00 Vendas*), que foi seguida à risca no transporte da soma das vendas para o Livro de Apuração de ICMS do contribuinte, pág. 4 (fls. 126 do PAF, quando ao invés de transportar o valor de R\$283.499,86 – fls. 156 do PAF – registrou exatos R\$233.499,86 na pág. 4 do Reg de Apuração do ICMS) tal artifício (fraude) gerou as diferenças nos meses de jul/04, out/04 e dez/04. Os valores cobrados nos meses de out/04 e dez/04 resultam da soma entre o ICMS devido, apurado na auditoria do conta-corrente do ICMS, fl. 09 do PAF, e o resultado da auditoria (fiscalização em usuário de ECF, fls. 19 e 20 do PAF), que apontou operações não esc contribuinte, fls. 167 a 190 do PAF.”

O preposto fiscal relata que o autuado utilizou a prática de não pagar o tributo “pela transposição a menor das somas das suas receitas na apuração do real tributo devido como pode ser averiguado no exame da cópia anexada ao PAF (fls.156).”

Conclui mantendo a autuação.

Às fls. 258 e 259 esta 3ª Junta, considerando o não atendimento integral do quanto solicitado na Diligência de fls. 224 e 225, na busca da verdade material, e considerando a necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, decidiu converter o processo em nova diligência à INFAZ de origem para que o autuante, em atendimento à Diligência anterior, e àquela, acostasse ao processo o recibo de devolução dos livros e documentos fiscais arrecadados para fins da ação fiscal em foco, devidamente datado e assinado pelo sujeito passivo. Deliberou ainda, quanto à Infração 01, que o autuante acostasse ao processo demonstrativo do levantamento fiscal acrescentando, aos itens já elencados no demonstrativo de fl. 191, a discriminação das mercadorias objeto da ação fiscal. Em relação à Infração 02, verificasse a divergência entre os demonstrativos analíticos e os valores de ICMS lançados para os meses de julho, outubro e dezembro do exercício de 2004 elaborando, caso necessário, novo demonstrativo do débito apurado de ofício. Ficou também determinado que a INFAZ de origem, após o atendimento da Diligência pelo preposto fiscal, reabrindo o prazo para apresentação de impugnação entregasse, ao contribuinte, cópia do documento de fl. 07, Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos; cópia das notas fiscais de fls. 192 a 195; cópia da informação fiscal de fls. 254 e 255; cópia daquela Diligência; cópia de todos os documentos acostados ao processo pelo preposto do Fisco, em seu cumprimento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 260 a 262 expondo que a devolução dos livros e documentos foi feita na época do encerramento dos trabalhos, conforme documentos de fls. 197 (recibo de registro do Auto de Infração em 29/12/2008) e 227 (informação fiscal). repete que o contribuinte recusou-se a assinar o Auto de Infração, embora o preposto do Fisco tenha estado, no período entre 23 a 29/12/2008, no estabelecimento do autuado, com o gerente da loja, que recusou-se a dar ciência no Auto de Infração alegando não possuir os poderes necessários.

O autuante diz que o demonstrativo de fl. 191 (levantamento do ICMS devido por antecipação parcial, infração 01) foi complementado e robustecido com o demonstrativo de fl. 236, que descreve de forma individualizada as mercadorias constantes em cada nota fiscal elencada no demonstrativo fiscal, que também estão acostadas ao processo.

Quanto à infração 02, aduz que as divergências entre os demonstrativos analíticos e os valores lançados no Auto de Infração nos meses de julho, outubro e dezembro/2004, devem-se a que:

- julho/2004: Demonstrativo à fl. 263 – a diferença de R\$7.131,98 decorre de divergência apurada na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS (cópias às fls. 131 e 132). Que o contribuinte considerou o saldo credor de R\$24.006,37 (fl. 130) quando, na verdade, conforme demonstrativo de fl. 09 do PAF, e papéis de trabalho às fls. 264 a 272, o saldo credor apurado naquele mês foi de R\$15.506,38.

- outubro/2004: Demonstrativo à fl. 263 – a diferença de R\$323,46 decorre de divergência apurada na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS (cópias às fls. 137 e 138). Que o contribuinte considerou o saldo credor de R\$15.016,23 (fl. 136) quando, na verdade, conforme demonstrativo de fl. 09 do PAF, e papéis de trabalho às fls. 264 a 272, o saldo credor apurado naquele mês foi de R\$13.648,23.

Que, também neste mês de outubro/2004, o contribuinte escriturou a menos o seu movimento de saídas constante do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF (cópia do livro Registro de Saídas às fls. 173 a 178) que registra um lançamento de vendas de 1 de R\$524.000,00 (base de cálculo) tendo sido apurada, na lei

contribuinte, o total mensal de vendas de R\$779.075,30 (base de cálculo), conforme demonstrativo de fls. 19 e 273, com cópia entregue ao sujeito passivo.

- dezembro/2004: Demonstrativo à fl. 263 – a diferença de R\$1.044,54 decorre de divergência apurada na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS (cópias às fls. 141 e 142). Que o contribuinte considerou o saldo credor de R\$25.561,87 (fl. 140) quando, na verdade, conforme demonstrativo de fl. 09 do PAF, e papéis de trabalho às fls. 264 a 272, o saldo credor apurado naquele mês foi de R\$24.517,34.

Que, também neste mês de dezembro/2004, o contribuinte escriturou a menos o seu movimento de saídas constante do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF (cópia do livro Registro de Saídas às fls. 184 a 189) que registra um lançamento de vendas de R\$755.163,266 (valor contábil) e de R\$750.725,66 (base de cálculo) tendo sido apurada, na leitura diária Redução “Z” do contribuinte, o total mensal de vendas de R\$1.246.000,36 (base de cálculo), conforme demonstrativo de fls. 20 e 274, com cópia entregue ao sujeito passivo.

Que tal procedimento do sujeito passivo reflete a prática de irregularidades, o que foi detectado durante a ação fiscal.

O autuante expõe também que os valores lançados no livro Registro de Saídas do autuado contemplam também as operações de saídas acobertadas por Notas Fiscais de Vendas a Consumidor – NFVC, disto decorrendo que nem sempre as somas do mencionado livro registro de Saídas nem sempre são iguais ao do levantamento realizado no levantamento de vendas por cupons fiscais emitidos por ECFs. Que tal divergência, porém, não tem influência na apuração das diferenças verificadas na ação fiscal, porque foram devidamente consideradas.

O autuante acosta demonstrativos às fls. 263 a 274, e cópia de Protocolo com comprovante, assinado pelo contribuinte em 08/01/2009, com o texto “Recebi do Sr. Antonio Correia de Almeida, auditor fiscal – INFAZ VAREJO, todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal.

À fl. 277, Intimação e Aviso de recebimento – AR expedido pelos correios, comprovando a entrega, ao sujeito passivo, de cópia da Diligência de fls. 258 e 259, da informação fiscal e documentos de fls. 260 a 275, com a reabertura do prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício.

O contribuinte ingressa com nova impugnação às fls. 281 a 286, repetindo as alegações defensivas anteriores e afirmando que o preposto do Fisco ainda não teria atendido às determinações desta 3ª Junta. Conclui pedindo o julgamento pela nulidade das imputações.

O autuante presta nova informação fiscal à fl. 289 repetindo parte do teor da Informação fiscal anterior, e citando o recibo de devolução de livros e documentos fiscais assinado por funcionário do escritório de contabilidade do contribuinte e acostado à fl. 275 dos autos. Diz que o contribuinte cinge-se à discussão de pormenores processuais, mas não se pronunciou quando aos fatos. Que na nova impugnação o contribuinte não se pronunciou sobre os dados exposto pelo Fisco, porque não haveria como contraditá-los.

Conclui ratificando as informações fiscais anteriores, em especial a de fls. 258 a 262, com os documentos anexados às fls. 263 a 275.

Submetido a exame em pauta suplementar, foi deliberado o encaminhamento do processo para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a decadência dos fatos gerados, ocorridos até 28/02/2004, aduzindo apenas ter tido ciência da autuação em 28/02/2004, com o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização da autuação.

tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 2004 e de 2005, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/02/2004 a 31/12/2005 e só seriam desconstituídos, em relação ao exercício de 2004, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2010; e em relação ao exercício de 2005, se o lançamento tributário viesse a ocorrer a partir do dia 01/01/2011. Rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 23/12/2009, registrado eletronicamente nesta SEFAZ em 29/12/2008 (fl. 197), com ciência do autuado em 06/03/2009, data de ciência esta confirmada pelo contribuinte, tendo sido realizados atos preparatórios indispensáveis à constituição do lançamento a partir da data de 04/11/2008, consoante intimação para apresentação de documentos fiscais à fl. 07, assinada pelo sujeito passivo nessa data.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99

Ademais ficou evidenciado, das impugnações ao lançamento de ofício (fls. 203 a 209, 245 a 248, e 281 a 286), que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por três vezes neste processo, inclusive quando das duas reaberturas de seu prazo para apresentação de impugnação, por determinação desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal. A este respeito assinalo ainda que, no item 12 de sua primeira impugnação, à fl. 207 deste processo, o contribuinte refere-se, de modo específico, a diferenças de base de cálculo lançadas não no Auto de Infração, mas em totalizações diárias de valores de cupons fiscais nos demonstrativos fiscais de fls. 10 e 11 do processo, referentes à Infração 02, o que confirma o teor dos documentos de fls. 200 e 201, quanto a que o contribuinte recebera tais demonstrativos quando da sua cientificação do Auto de Infração. A respeito das mencionadas diferenças apuradas pelo Fisco e apontadas pelo contribuinte, o assunto será tratado quando da análise de mérito.

Observo, também, que não procede a alegação do sujeito passivo quanto a que não teria sido informado do início do procedimento fiscal, uma vez que assinou Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos em 04/11/2008, acostado à fl. 07, e cuja cópia foi novamente entregue ao sujeito passivo por determinação desta 3ª Junta, conforme seu recibo à fl. 227, e cópia da mencionada Intimação que o próprio contribuinte acosta à fl. 251, quando de sua segunda impugnação ao lançamento de ofício.

Determina o RPAF/99, em seu artigo 26, inciso III, que considera-se iniciado o procedimento fiscal também pela intimação ao sujeito passivo para prestar esclarecimentos, ou para exhibir elementos solicitados pela Fiscalização. Determina também o mesmo Regulamento, em seu artigo 30 c/c o parágrafo único do seu artigo 41, que quando o Auto de Infração for emitido por meio do sistema oficial de processamento eletrônico de dados desta SEFAZ - o que é a situação presente - o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um documento único. Assim, a ação fiscal foi iniciada em 04/11/2009 (Termo de Intimação à fl. 07) e concluída em 23/12/2009, (lavratura do Auto de Infração em 23/12/2008), constando também, à fl. 197, recibo, expedido eletronicamente pela Inspeção do Varejo/ SAT/ DAT Metro, do registro do Auto de Infração em 29/12/2008, pelo que não decorreram mais de noventa dias entre o início e o fim do procedimento fiscal. As alegações defensivas em contrário colidem com as provas documentais acostadas a este processo.

O contribuinte alega que teria sido descumprido o inciso VII do §3º do artigo 28 do RPAF/99. Prevê este dispositivo:

RPAF/99:

art. 28. O Termo de Encerramento de Fiscalização registrará de forma circunstanciada os fatos relacionados com a ação fiscal, devendo conter, no mínimo, as seguintes indicações:

VII - a declaração, com efeito de recibo, quanto à devolução dos livros e documentos arrecadados, se for o caso.

Assinalo que na página 02 do Auto de Infração / Termo de Encerramento, consta tal recibo. E o Fisco registra, à mesma página 02, que o contribuinte recusou-se a assinar a ciência em 29/12/2008.

Portanto, tal recibo consta no documento devido, e do mesmo o contribuinte recebeu cópia, conforme documentos de fls. 200 e 201, uma vez que admite ter recebido o Auto de Infração / Termo de Encerramento, o qual impugna. Em razão de que a ciência da autuação deu-se por via postal, conforme confirma o contribuinte, o mesmo não assinou o recibo constante no Auto de Infração / Termo de Encerramento, porque não assinou o próprio Auto de Infração. Contudo, assinou recibos de devolução da documentação arrecadada. Os livros e documentos arrecadados na ação fiscal, foram-lhe devolvidos ante

prazo de defesa, conforme seus recibos de fls. 227 e 275, este datado de 08/01/2009, e anexado aos autos pelo autuante, por determinação desta 3ª Junta.

A intimação ao contribuinte para que este soubesse que o Auto de Infração fora lavrado é ato posterior ao encerramento da ação fiscal, e foi realizada, tendo o contribuinte pronunciado-se regularmente.

A descrição das mercadorias referentes à Infração 01 foi realizada em cumprimento a determinação desta 3ª Junta, e o contribuinte recebeu, por mais de uma vez, cópia das quatro notas fiscais que embasaram esta imputação, além de também ter recebido o demonstrativo correspondente, com a devida discriminação dos produtos, conforme seu recibo à fl. 227, com a reabertura de seu prazo para apresentação de impugnação. Assim, foi sanada a irregularidade da falta de descrição das mercadorias no primeiro demonstrativo da Infração 01, nos termos do artigo 129, §4º, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB.

As Diligências determinadas por esta 3ª Junta na busca da verdade material, e para garantir o exercício do direito de ampla defesa do contribuinte, foram cumpridas.

Por tudo quanto exposto, rejeito as arguições de nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração trata das duas imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Em relação à Infração 01, trata-se de exigência do ICMS devido por antecipação parcial, por não ter o contribuinte, recolhido o imposto nos prazos regulamentares.

As mercadorias constantes das notas fiscais de n.ºs 301643, 15075, 2973 e 2891, às fls. 192 a 195, e novamente às fls. 238 a 241 do PAF, destinadas ao autuado, estão descritas nas notas fiscais e no demonstrativo fiscal de fl. 236 como brinquedos de diversos tipos (bikes 14”, laptops infantis, brinquedos musicais, skates, robôs, mini-casinhas, etc) produtos não incluídos no regime de pagamento por substituição tributária previsto no artigo 353, II, do RICMS/BA, nem descritas no seu Anexo 88. Sobre o valor das mesmas incide a cobrança do ICMS devido por antecipação parcial.

Assim determinam os artigos 12-A e 23, III, da lei n.º 7.014/96:

art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

art. 23.

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Matéria regulamentada pelo RICMS/BA:

art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

art. 61. A base de cálculo do ICMS (...), bem com

Created with

 **nitro**PDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

hipóteses regulamentares, é:

IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.

Observo que o procedimento fiscal obedece aos ditames regulamentares. Ademais, o contribuinte não afirma, nem comprova, ter recolhido o ICMS devido por antecipação parcial lançado de ofício.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração para esta infração 01, de 60% do valor do imposto lançado, o atual posicionamento majoritário deste Conselho de Fazenda, conforme expressado nos Acórdãos CJF nº 0060-11/09, CJF nº 0255-12/09 e CJF nº 222-12/09, é no sentido de que apenas após a inserção da expressão “(...), inclusive por antecipação parcial, (...)”, na alínea “d” do inciso II do artigo 42 da lei nº 7.014/96, com a alteração promovida pela Lei nº 10.847/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, passou a existir a previsão legal para a aplicação daquela penalidade por irregularidades relativas a operações relativas a ICMS devido por antecipação parcial, com base naquele mencionado inciso II e, assim, cabe a aplicação da alínea “f” do mesmo inciso II, que prevê o mesmo percentual de multa, 60%, para a situação de infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do mencionado artigo 42, e que importe em descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Assinlo que tal entendimento não implica em perda financeira para o erário, nem para o contribuinte, uma vez que o percentual de 60% mantém-se inalterado.

Por tudo quanto exposto, a Infração 01 é procedente.

A infração 02 refere-se a falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte lançou a menos valores de saídas registradas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. Exercício de 2004 – meses de fevereiro, março, maio a dezembro. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro. Demonstrativos às fls. 09 a 27, 232 a 235, 263 a 274; cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Saídas, ambos dos exercícios de 2004 e de 2005, às fls. 28 a 190. ICMS no valor de R\$640.870,52, acrescido da multa de 70%.

No que tange às alegações defensivas relativas especificamente à Infração 02, estando já esclarecido neste voto, com base na documentação acostada aos autos, e entregue ao contribuinte com reabertura de seu prazo de defesa, que o procedimento fiscal iniciou-se em 04/11/2008 (fl. 07), não acolho as alegações defensivas em contrário. Assim, além do fato de que os débitos apurados não foram atingidos pela decadência, os demonstrativos fiscais foram entregues ao contribuinte, o que lhe possibilitou o exercício do seu direito de defesa inclusive quanto aos meses de fevereiro e março/2004.

Assinlo que em relação às diferenças que o contribuinte afirma, no item 12 de sua impugnação, à fl. 207 dos autos, que foram apontadas pelo Fisco, “de R\$5.000,00 e R\$10.000,00, nos meses de fevereiro e março de 2004”, que tais dados numéricos não se encontram lançados no Auto de Infração como base de cálculo, nem como valor de imposto lançado, nos mencionados meses.

Porém, compulsando os autos deste processo localizei, às fls. 11 e 12 - que são páginas do demonstrativo fiscal acostado pelo processo ao autuante, e entregue ao contribuinte quando de sua intimação do Auto de Infração, conforme texto da Intimação e AR, respectivamente às fls. 200 e 201 – estes montantes de R\$5.000,00 e R\$10.000,00, que são relativos a diferenças de valores de bases de cálculo, diferenças estas verificadas pelo Fisco quando da confrontação dos valores de vendas com emissão de cupons fiscais encontrados no levantamento fiscal realizado, com os valores de vendas registrados pelo autuado na página 05 do seu liv (dos autos) no mês de fevereiro/2004, e na página 06 do seu livro F (autos) no mês de março/2004.

Ou seja, o contribuinte refere-se, no item 12 de sua impugnação, à fl. 207 deste PAF, a diferenças de bases de cálculo relativas a oito totalizações diárias de vendas com cupons fiscais que fazem parte do levantamento fiscal de fevereiro/2004 (fl. 11), e a cinco totalizações diárias de vendas com cupons fiscais de março/2004 (fl. 12). Como houve outras diferenças, em montantes diferentes, apurados em relação a outros dias dos mesmos meses (fls. 11 e 12), os totais de base de cálculo lançados no Auto de Infração para fevereiro e março/2004 são, respectivamente, de R\$50.000,00 e de R\$50.050,00. O contribuinte não comprova que não existem tais diferenças, apuradas pelo Fisco em seus livros e cupons fiscais.

A descrição da imputação 02, à fl. 01 do Auto de Infração, refere-se a ICMS referente a operações não escrituradas. Na descrição dos fatos o preposto do Fisco explicita que verificou as leituras Reduções “Z” do autuado, que são as totalizações diárias emitidas pelos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECF, e que apurou que o contribuinte lançou a menos valores de vendas por meio de cupons fiscais, o que está demonstrado nas planilhas de fls. 10 a 27. O contribuinte não prova que houve erros numéricos no levantamento fiscal realizado quanto a estes valores de vendas por meio de cupons fiscais que não foram escriturados no seu livro Registro de Saídas, e cujo débito de ICMS não foi recolhido aos cofres públicos.

Contudo o autuante, ao longo das informações fiscais que presta, inclusive em atendimento às Diligências determinadas por esta 3ª Junta, explicita que nos meses de julho, outubro e dezembro/2004 - conforme seus demonstrativos de fls. 09, 16, 19, 20, e em especial no documento intitulado “Demonstrativo do Débito (Meses de Julho, Outubro e Dezembro) Exercício de 2004”, acostado às fls. 232 e 263 - para encontrar a base de cálculo, e conseqüente ICMS, lançado nestes três meses no Auto de Infração, o Fisco somou montantes apurados em dois diferentes roteiros de auditoria, quais sejam estes Auditoria do Conta-Corrente do ICMS, demonstrativo à fl. 09, realizado com base em operações escrituradas nos livros fiscais, embora de forma irregular; e auditoria sobre valores de documentos não escriturados, identificada nos demonstrativos de fls. 10 a 27 como “Roteiro 209 ECF”.

As diferenças apuradas na auditoria do conta-corrente do ICMS, segundo o preposto do Fisco, ocorreram em razão de transposição a maior, no livro Registro de Apuração do ICMS, pelo contribuinte, de saldos credores do imposto, o que resultou em falta de recolhimento do imposto devido. Assim, este roteiro de auditoria do conta-corrente do ICMS, que trata de operações irregularmente escrituradas, não se enquadra na definição da imputação 02 do Auto de Infração. E os valores apurados neste levantamento do conta-corrente do ICMS do autuado não podem ser somados aos valores apurados pelo Fisco, e também não recolhidos ao erário, mas em razão de outro tipo de irregularidade praticada pelo sujeito passivo, esta sim referente a operações não escrituradas. Assim, são infrações diferentes, cujos valores de imposto devido não podem ser somados em uma única imputação.

Por este motivo, tendo em vista que a imputação em lide versa sobre operações não escrituradas, devem ser excluídos, do lançamento de ofício, os montantes de imposto apurado por meio de auditoria do conta-corrente fiscal do ICMS, sendo nula a exigência fiscal em relação ao valores de R\$7.131,98 no mês de julho/2004, R\$323,46 no mês de outubro/2004, e de R\$1.044,54 no mês de dezembro/2004, constantes no levantamento fiscal de fl. 09 dos autos.

Assim, resta parcialmente procedente a infração 02 no valor de R\$632.370,54, conforme tabela a seguir, baseada nos demonstrativos fiscais de fls. 10 a 27 do Auto de Infração:

	DATA OCORRÊNCIA	ICMS
	28/02/2004	8.500,00
	31/03/2004	8.508,50
	31/05/2004	17
	30/06/2004	8
	31/08/2004	19

INFRAÇÃO 02	30/09/2004	17.000,02
	31/10/2004	45.318,42
	30/11/2004	17.000,00
	31/12/2004	85.247,34
	31/01/2005	22.744,44
	28/02/2005	15.300,01
	31/03/2005	20.712,93
	30/04/2005	26.926,80
	31/05/2005	15.904,74
	30/06/2005	16.988,89
	31/07/2005	17.170,00
	31/08/2005	20.570,00
	30/09/2005	34.688,69
	31/10/2005	57.671,84
30/11/2005	17.538,43	
31/12/2005	139.224,60	
TOTAL		632.370,54

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de ICMS de R\$634.140,43, e pela nulidade da exigência fiscal em relação aos valores de R\$7.131,98 no mês de julho/2004, R\$323,46 no mês de outubro/2004, e de R\$1.044,54 no mês de dezembro/2004, constantes no levantamento fiscal de fl. 09 dos autos, por erro na forma do lançamento.

Contudo, diante do levantamento do conta-corrente do ICMS realizado pelo Fisco, com demonstrativo à fl. 09, e dos dados dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS do contribuinte, cujas cópias foram acostadas aos autos pelo Fisco, às fls. 28 a 190, represento à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da renovação do procedimento fiscal para exigência dos valores de ICMS apurados, relativos a operações irregularmente escrituradas nos meses de julho, outubro e dezembro/2004, valores estes excluídos do presente lançamento de ofício por não se enquadrar, a irregularidade constatada aos mesmos relativa, na descrição da imputação 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130609.0006/08-2**, lavrado contra **UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para pagamento do imposto no valor total de **R\$634.140,43**, com aplicação de multa no percentual de 60% sobre R\$1.769,89 e de 70% sobre R\$632.370,54, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e III, da Lei nº 7.014/96 em redação vigente à época dos fatos geradores do lançamento de ofício, e dos acréscimos legais.

Representa-se à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da renovação do procedimento fiscal para exigência dos valores de ICMS apurados, relativos a operações irregularmente escrituradas nos meses de julho, outubro e dezembro/2004, excluídos da imputação 02 por vício na forma do lançamento realizado pelo Fisco.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZE