

A. I. Nº - 279862.4002/09-4
AUTUADO - MARIA CONCEIÇÃO DE AZEVEDO RAMOS
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFRAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET - 20/12/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0338-03/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ADOÇÃO DE ROTEIRO INADEQUADO. Trata-se de exigência de imposto em razão de entradas de mercadorias não escrituradas no livro Registro de Entradas, por empresa desobrigada da escrituração deste livro fiscal em decorrência do regime de apuração de imposto adotado (SIMBAHIA), quando então o roteiro adequado seria auditoria de verificação dos registros de informações na Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - DME. Imputação nula. 2. ANTECIPAÇAO PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Imputações parcialmente subsistentes. Rejeitada a alegação de decadência bem como a alegação de nulidade em relação às imputações 02 e 03, porém, acolhida em relação à imputação 01. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 02/10/2009 para exigir ICMS no valor total de R\$14.275,26, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que houve entrada de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal capturada pelo Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT. Exercício de 2004 – meses de abril a dezembro; Exercício de 2005 – meses de fevereiro e março. Demonstrativo à fl. 09. ICMS no valor de R\$6.986,31, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004 – meses de março, outubro e dezembro. Demonstrativos às fls. 17, 21 e 22. ICMS no valor de R\$2.800,81, acrescido da multa de 50%.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004 – meses de abril a junho, agosto, setembro e novembro. Demonstrativos à fl.18 a 20 e 22. ICMS no valor de R\$4.488,14, acrescido da multa de 50%.

Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos à fl. 08, assinado pelo autuado. Cópia de páginas do livro registro de Entradas às fls. 10 a 16. Relação de notas fiscais capturadas pelo sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT às fls. 23 a 28, com recibo do contribuinte à fl. 28, relativo ao recebimento de cópia da listagem e das notas fiscais na mesma relacionadas. Vias de notas fiscais às fls. 29 a 100. de cópias destas vias assinado pelo contribuinte à fl. 105.

Às fls. 108 e 109 o sujeito passivo ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente discorre acerca dos fatos imputados. Preliminarmente, argüi a nulidade da autuação, alegando que o autuante se baseou somente nas informações do CFAMT. Aduz que não recebeu qualquer cópia de Notas Fiscais que deveriam ser juntadas pelo autuante, para que provasse a veracidade das informações colhidas pelo mesmo no CFAMT. E diz também que o autuante não apresentou o Termo de Intimação para apresentação dos livros fiscais e documentos. Afirma que o Auto de Infração foi feito sem intimação prévia à sua lavratura, e por isso alega ter havido cerceamento de defesa. Diz que se fosse intimado poderia ter fornecido os documentos que evitariam a autuação.

Que o fiscal se pautou meramente na presunção, por ter ocorrido omissão de saídas presumidas por entradas não registradas. Que o autuante chegou a essa conclusão através de notas fiscais de compras supostamente recolhidas no trânsito através do sistema CFAMT, porém afirma que não apresentou qualquer cópia de nota fiscal, o que provocou o cerceamento de defesa por parte do autuado. Protesta por todos os meios de provas, e solicita reabertura de novo prazo de defesa caso sejam apresentados, pelo autuante, novos documentos. Conclui pedindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração e, se não atendido, que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

À fl. 112 o autuante presta Informação Fiscal não acatando o pleito defensivo. Quanto à preliminar de nulidade, na qual o autuado alega o não recebimento das cópias das Notas Fiscais anexadas ao auto, o autuante diz que esta afirmativa está em contradição com a declaração de fl. 28, assinada pelo contador do contribuinte, Sr. Carlos Alberto Silva Rocha. Afirma que a intimação prévia igualmente aludida pelo autuado se encontra à fl. 08, assinada pelo contador e por sua funcionária Anália Rocha. Conclui dizendo que o pedido de nulidade por cerceamento de defesa está prejudicado.

Às fls. 115 e 116, considerando que a Infração 01 cita a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, e o demonstrativo de fl. 09 traz a identificação de levantamento Demonstrativo de Débito Conta Caixa; considerando que não havia prova, nos autos, de que o contribuinte houvesse recebido os demonstrativos dos levantamentos fiscais acostados às fls. 09, e 17 a 22, embora houvesse recebido o demonstrativo de fls. 23 a 28; considerando que embora no demonstrativo de fls. 23 a 28 estivessem listadas várias notas fiscais oriundas do sistema CFAMT, com recibo de entrega de suas cópias ao sujeito passivo, notas fiscais estas também discriminadas no demonstrativo de fls. 17 a 22, na verdade inexistia, neste PAF, comprovação de entrega, ao contribuinte, da totalidade das notas fiscais arrecadadas no CFAMT e utilizadas pelo Fisco para basear o Auto de Infração, a exemplo da falta de comprovação da entrega, ao autuado, das notas fiscais relativas aos dias 09 a 24 de março/2004, listadas às fl. 17; ao dia 07/04/2004, à fl. 18; e diversas outras notas fiscais elencadas pelo Fisco no demonstrativo de fls. 17 a 22; assinalado também que nem todas as notas fiscais que integram o demonstrativo de fls. 17 a 22 haviam sido anexadas às fls. 25 a 100, em relação às quais existe um recibo do contribuinte à fl. 105 indicando que o mesmo dessas recebera cópia, diante destes fatos, e na busca da verdade material, esta 3^a JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em Diligência à INFRAZ de origem para que o autuante, em relação à Infração 01, esclarecesse se foi realizada auditoria de conta-caixa, ou levantamento de entradas de notas fiscais não escrituradas em livro de Entradas, ou levantamento de valores, oriundos de aquisições com notas fiscais de entradas, não registrados em DMEs. Caso houvesse sido realizada auditoria de Conta-Caixa, acostasse ao processo o demonstrativo analítico deste levantamento. Se houvesse sido realizado levantamento de valores não registrados em DMEs, acostasse ao processo o demonstrativo analítico dos valores das notas fiscais que compunham o total informado nas DMEs, e o demonstrativo dos valores das notas fiscais que não foram lançados nas DMEs. Informasse qual o regime de apuração de ICMS a que estava submetido o objeto da Infração 01 e, caso houvesse sido o regime SIMBAHIA, o enquadramento do contribuinte no mesmo período. Em relação às 1

processo cópias, ou vias, das notas fiscais que integram o demonstrativo de fls. 17 a 22 e que ainda não constam dos autos; entregasse ao contribuinte cópia de todas as notas fiscais utilizadas na ação fiscal e elencadas no demonstrativo de fls. 17 a 22.

Solicitou ainda, esta 3^a Junta, que a INFRAZ de origem, após o atendimento da diligência pelo autuante, intimasse o contribuinte e fornecesse-lhe cópia da informação fiscal de fl. 112, daquela diligência, e de todos os novos documentos acostados pelos prepostos do Fisco em seu atendimento, reabrindo-lhe o prazo de defesa.

À fl. 117 o autuante esclarece, em atendimento à diligência, em relação à infração 01, que baseou a autuação em notas fiscais não registradas no livro Registro de Entradas do contribuinte, embora seja ponto pacífico “que deveria ter-se optado pelo levantamento Ed valores, oriundos das aquisições com notas fiscais de entrada, não registradas na DME.” Aduz também que houve equívoco na grafia do título do demonstrativo à fl. 09 do processo, em dissonância com a descrição da irregularidade no Auto de Infração.

Expõe também que o contribuinte esteve enquadrado na faixa de Microempresa IV de janeiro a abril/2004, de Microempresa I de maio a setembro/2004, e de Microempresa II de outubro/2004 a março/2005.

Que, quanto às Infrações 02 e 03, as notas fiscais utilizadas na ação fiscal, e que não tiveram suas cópias entregues ao contribuinte, e foram elencadas no demonstrativo de fls. 17 a 22, tais notas fiscais estão registradas no livro registro de Entradas do sujeito passivo, às fls. 11 a 16 do processo, pelo que lhe pareceu desnecessário fornecer cópias de documentos registrados pelo próprio contribuinte no respectivo livro. Que, assim, intimou o sujeito o passivo a apresentar cópia destas notas fiscais escrituradas no período de março a novembro/2004, às fls. 18 a 20 do primeiro volume do seu livro Registro de Entradas, para que tais cópias fossem acostadas ao processo, em atendimento à diligência desta 3^a Junta.

Relata que traz aos autos novo instrumento de defesa do contribuinte, que aduz ser intempestivo, para apreciação.

Junta Termo de Intimação à fl. 118 e recibo de entrega de documentos à fl. 119.

O contribuinte ingressa com nova manifestação às fls. 123 e 124 reproduzindo resumo das imputações e ratificando o pedido preliminar de declaração de nulidade da autuação, porque não teria recebido todas as 201 notas fiscais que embasaram as imputações, tendo recebido apenas 71 das mesmas. Repete que o Auto de Infração também seria nulo porque ele, autuado, não teria sido intimado, previamente à lavratura, para apresentação de livros e documentos fiscais, e que se o fosse isto evitaria equívocos por parte da fiscalização. Pede reabertura de seu prazo de defesa, e alega prescrição quinquenal. Pede, sucessivamente, pela improcedência da autuação.

O autuante presta nova informação fiscal à fl. 125 expondo que o contribuinte não atendeu à intimação de fls. 118 e 119, não tendo apresentado as notas fiscais de entradas do período de março a novembro/2004, escrituradas em seu livro de Entradas, conforme comprovado às fls. 11, 13 e 15 dos autos, mas que considera cumprida a diligência solicitada por esta 3^a Junta.

À fl. 126, recibo do contribuinte comprovando a entrega de cópia da informação fiscal.

O contribuinte manteve-se silente após ter recebido cópia da informação fiscal, e o processo foi encaminhado para julgamento, conforme despacho de fl. 128.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a decadência dos fatos geradores objeto da autuação em relação ao exercício de 2004, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação co §4º, do 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 2005, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de março/2003 a de março/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 02/10/2009.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, em relação às imputações 02 e 03 verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos e documentos fiscais atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Quanto à intimação prévia à lavratura do Auto de Infração assiste e comprova que o contribuinte foi regularmente intimado, conforme assinado pelo sujeito passivo, dando início à ação fiscal. Quanto

passivo, esta já após encerrado o procedimento de fiscalização, e prévia à lavratura do Auto de Infração, inexiste hipótese normativa com tal exigência, embora não seja defeso ao Fisco assim proceder, caso considere que a situação o requer. Portanto, em relação a este aspecto está regular o procedimento fiscal, e não acato a alegação defensiva em contrário.

Contudo, em relação à imputação 01, trata-se de exigência de imposto em razão de entradas de mercadorias não escrituradas no livro Registro de Entradas, por empresa desobrigada da escrituração deste livro fiscal em decorrência do regime de apuração de imposto adotado (SIMBAHIA), quando então o roteiro adequado seria auditoria de verificação dos registros de informações na Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - DME.

Assim, foi utilizado roteiro inadequado, e a Imputação 01 é nula por vício formal de procedimento.

Quanto às imputações 02 e 03, argüições de nulidade rejeitadas.

No mérito, as imputações 02 e 03 tratam de ICMS devido por antecipação parcial, nas entradas destinadas a comercialização, respectivamente por falta de recolhimento, e por recolhimento a menos, deste imposto. Estas imputações estão lastreadas nos dados dos demonstrativos do levantamento fiscal que estão anexados ao processo às fls. 17 a 22, e dos quais o contribuinte recebeu cópias, conforme seus recibos às fls. 28 e 105. Quanto às notas fiscais indicadas nestas planilhas elaboradas pelo Fisco, e que foram oriundas do sistema Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, nos autos constam os recibos do contribuinte que atestam que também lhe foram entregues, às mesmas fls. 28 e 105. Embora o contribuinte tenha alegado que não houvera recebido todas as notas fiscais elencadas nos demonstrativos, após diligência determinada por esta 3^a Junta o preposto do Fisco esclarece que trata-se de notas fiscais registradas nos livros fiscais do contribuinte, cujas cópias o autuante carreou aos autos às fls. 10 a 16, o que comprova que o sujeito passivo mantinha, em seu poder, tais documentos fiscais, fato que demonstra estar preservado o seu direito de ampla defesa. De posse de toda a documentação que baseia as imputações 02 e 03, o contribuinte não comprovou que recolheu o débito tributário lançado de ofício.

Infrações 02 e 03 procedentes.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$7.288,95.

Represento à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal em ação fiscal a salvo de incorreções, em relação à regularidade do cumprimento da obrigação tributária acessória relativa aos registros do contribuinte em suas Declarações do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME em relação aos exercícios-base de 2004 e de 2005, em razão do vício formal de procedimento, uso de roteiro de auditoria inadequado, observado quanto à imputação 01 do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279862.4002/09-4, lavrado contra **MARIA CONCEIÇÃO DE AZEVEDO RAMOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.288,95**, acrescido da multa no percentual de 50% prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais.

Representa-se à autoridade administrativa competente, nos termos sentido do refazimento da ação fiscal a salvo de incorreções, e cumprimento da obrigação tributária acessória relativa aos regis

Declarações do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME em relação aos exercícios-base de 2004 e de 2005, em razão do vício formal de procedimento, uso de roteiro de auditoria inadequado, observado quanto à imputação 01 do presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR