

A. I. N° - 207101.0004/10-6
AUTUADO - SCHINCARIOL LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/04/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0073-03/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a.1). ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE RESPONSABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **Infração caracterizada. a.2).** ICMS DEVIDO POR SOLIDARIEDADE, REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EQUÍVOCO QUANTO AO ENUNCIADO DA IMPUTAÇÃO. O teor da acusação fiscal diverge do conteúdo do campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, dos dados dos demonstrativos fiscais que lastreiam a imputação, e do teor da informação fiscal. A imputação trata de ICMS devido por substituição tributária, e tanto no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, quanto nos demonstrativos da auditoria de levantamento quantitativo de estoque, e na informação fiscal, o Fisco relata ter apurado imposto devido no regime normal de apuração, por responsabilidade solidária, relativo à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e desacompanhadas de documentação fiscal, irregularidade apurada na auditoria de levantamento de estoque. Imputação nula por vício formal. **b.** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. É devida a imposição das multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas no livro Registro de Entradas sujeitas à tributação, e não tributáveis. a).** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Comprovado que tratava-se de bens de

uso e consumo, e de bem do ativo, não mais sujeitos à tributação quando da ação fiscal realizada. Reduzido, de ofício, o percentual de multa aplicável de 10% para 1% do seu valor comercial. Imputação parcialmente elidida. **b).** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Comprovada, nos autos, a escrituração de parte das notas fiscais. Imputação parcialmente elidida. **3.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. Energia elétrica consumida por estabelecimento comercial. Infração caracterizada. Arguição de decadência e arguições genéricas de nulidade rejeitadas. Negado o pedido para realização de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2010 para exigir ICMS no valor total de R\$25.009,93, acrescido da multa de 60%, além de aplicar penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$14.811,70, pelo cometimento de seis infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Consta, no campo “Descrição dos fatos”, que foi realizado o roteiro de auditoria AUDIF-207, verificando-se a omissão tanto de entradas, quanto de saídas, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005. Que, conforme determina o artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria nº 445/98, foi exigido o imposto normal devido por solidariedade no valor de R\$14.859,17, calculado à alíquota de 17%, referente a omissão de entradas no valor de R\$87.406,88. Consta, também, que a infração está demonstrada no Anexo 01 do PAF. Exercício de 2005. Demonstrativo às fls. 23 e 24. ICMS no valor de R\$14.859,17.

Infração 02. Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Consta, no campo “Descrição dos Fatos”, que foi realizado o roteiro de auditoria AUDIF-207, verificando-se a omissão tanto de entradas, quanto de saídas, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005. Que, conforme determina o artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria nº 445/98, foi apurado o valor de R\$5.886,39 calculado à alíquota de 17%, referente a ICMS devido por antecipação tributária. Consta, também, que a infração está demonstrada no Anexo 01 do PAF. Exercício de 2005. Demonstrativo às fls. 25 e 26. ICMS no valor de R\$5.886,39.

Infração 03. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada

mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Exercício de 2005. Demonstrativo às fls. 42 e 43. Multa no valor de R\$50,00.

Infração 04. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Data de ocorrência de 31/12/2005. Demonstrativo à fl. 81. Vias de notas fiscais às fls. 82 a 84. Multa no valor de R\$7.665,44, equivalente a 10% sobre o valor total das mercadorias.

Infração 05. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias não mais sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Data de ocorrência de 31/12/2005. Demonstrativo às fls. 86 e 87. Vias de notas fiscais às fls. 88 a 123. Multa no valor de R\$7.096,26, equivalente a 1% sobre o valor total das mercadorias.

Infração 06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. Exercício de 2005. ICMS no valor de R\$4.264,37.

Às fls. 250 a 258 o contribuinte ingressa com impugnação ao lançamento de ofício descrevendo as seis imputações e em seguida aduzindo, em relação às imputações 01 a 03, que seriam improcedentes porque: 1. o levantamento quantitativo de estoque deveria ter sido feito mês a mês, de forma a permitir a constatação de eventuais divergências em cada período de apuração; 2. ele, impugnante, não teria adquirido qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal; 3. a suposta divergência apurada pela autoridade fiscal não existiria; 4. A confrontação do livro Registro de Inventário, das notas fiscais de entrada e das notas fiscais recebidas por ele, impugnante, no período, e do seu Registro de Saídas, demonstraria que não haveria qualquer diferença a ensejar a acusação de recebimento de mercadoria desacompanhada de documento fiscal.

O sujeito passivo pede a realização de prova pericial que examine os documentos fiscais e responda se há divergência a fundamentar a acusação de omissão de entradas ou de saídas. Alegando exigüidade de tempo para a produção de provas, protesta pela juntada posterior de documentos e relatórios para provar a não existência da diferença de estoque apontada pelo Fisco.

Em relação à Infração 04 relata que de fato, por equívoco, deixou de escriturar as três notas fiscais referidas no Anexo 3 do Auto de Infração. Que as Notas Fiscais n^{os} 539909 e 539910 tratam da aquisição de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, e a Nota Fiscal n^o 592852 diz respeito à aquisição de bem destinado ao ativo imobilizado. Que a falta de escrituração não trouxe prejuízo ao Fisco. Requer a relevação, ou a redução, da multa imposta, nos termos do artigo 158 do RPAF/99. Alega que, tratando-se de notas fiscais emitidas em março e setembro de 2005, ter-se-ia operado a decadência do direito de constituição do crédito pelo Fisco, face ao decurso de prazo de cinco anos.

No que tange à Infração 05, diz ser a mesma improcedente porque a análise do livro Registro de Entradas de 2005 revelaria que, à exceção das Notas Fiscais n^{os} 604528 e 604711, todas as demais notas fiscais relacionadas no Anexo 4 do Auto de Infração teriam sido devidamente escrituradas.

Quanto à Infração 06 aduz que, conforme o Anexo 5 do Auto de Infração, ele, sujeito passivo, em junho/2005 lançou, a crédito, o valor de R\$4.264,37, amparado na Nota Fiscal n^o 625387, relativa à utilização de energia elétrica. Que ainda que ele, autuado, supostamente, tenha aproveitado equivocadamente crédito de ICMS no período de junho/2005, na data da lavratura do Auto de Infração ter-se-ia já operado a decadência do direito de constituição do crédito pelo Fisco em decorrência desse fato, face ao decurso de prazo de cinco anos de que trata o §4^o do artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Conclui pedindo pela desconstituição do crédito tributário, protestando pela produção de prova pericial, pela posterior juntada de documentos, nos termos que expôs, e pela sustentação oral de suas razões. Requer ser intimado de todos os atos processuais por carta, em seu endereço.

O contribuinte acosta cópias às fls. 259 a 269 destes autos, intituladas “Livro Registro de Entradas – RE – Modelo P1A”, Livro nº 172, mês de junho/2005, páginas nºs 000048, 000049, 000108, 000109, 000110, 000249, 000250, 000251, 000319, 000320, e 000321.

A autuante presta informação fiscal às fls. 273 a 277 expondo que o defendente requer a nulidade do Auto de Infração, alegando que o levantamento quantitativo de estoque deveria ter sido feito mês a mês, de forma a permitir a constatação de eventuais divergências em cada período de apuração; que estaria comprovada a inexistência de diferenças de estoque no exercício de 2005; e que teria havido a decadência do direito à constituição do crédito tributário em relação às infrações 04 e 06 do PAF, em razão do previsto no §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

A autuante aduz, em relação à Infração 01, que foi apurada omissão de entradas de mercadorias em razão de o contribuinte ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Que, conforme determina o artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria nº 445/98, foi exigido o imposto normal devido por solidariedade no valor de R\$14.859,17, calculado à alíquota de 17%, referente a omissão de entradas no valor de R\$87.406,88.

Que, quanto à Infração 02, houve falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito fiscal, por ter o contribuinte adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, conforme previsto no artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria nº 445/98, tendo sido apurado o valor de imposto a recolher de R\$5.886,39, calculado à alíquota de 17%.

A autuante expõe que, quanto à Infração 03, foi verificada omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado e, conforme previsto no artigo 5º, inciso III, da Portaria nº 445/98, foi aplicada a multa no valor de R\$50,00.

A representante do Fisco aduz que o contribuinte deu entrada no estabelecimento comercial de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal no exercício de 2005, tendo sido aplicada a multa de 10% do valor total das notas fiscais em montante de R\$76.654,37, resultando na multa no valor de R\$7.665,43. Que, em relação à Infração 05, o contribuinte deu entrada, no estabelecimento comercial, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária no exercício de 2005, sem o devido registro na escrita fiscal. Que assim foi aplicada a multa de 1% do valor total das notas fiscais em montante de R\$709.625,83, resultando na multa no valor de R\$7.096,26. Que, em relação às Infrações 04 e 05, estas foram apuradas através do Relatório do Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, que as notas fiscais foram capturadas por esse sistema de controle e estão anexadas ao Auto de Infração.

Em relação à Infração 06, afirma que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$4.264,37, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias no exercício de 2005.

A autuante relata os termos defensivos quanto ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, infrações 01, 02 e 03, e afirma então que, conforme determinado na Portaria nº

445/98, o levantamento quantitativo foi elaborado em exercício fechado, tomando-se como base os valores dos estoques iniciais (31 de Dezembro de 2004) e finais (31 de Dezembro de 2005) escriturados no livro Registro de Inventário nºs: 03 e 04, às fls. 57 a 79 do PAF; das mercadorias selecionadas no período fiscalizado; e dos dados constantes no Relatório do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços - SINTEGRA fornecido pela empresa, contendo toda a sua movimentação de entradas e de saídas de mercadorias tributáveis no período do levantamento, de 01 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2005, e devidamente conferidos com os lançamentos escriturados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, através dos cotejamentos entre os valores escriturados nos livros e os declarados nos seus arquivos do sistema SINTEGRA, entre tais dados não tendo sido constatada divergência, conforme fls. 158 a 248.

Que a alegação do contribuinte quanto a que não adquiriu mercadorias sem documentação fiscal não procede, pois as infrações 04 e 05 do PAF são justamente pela falta de registro, em sua escrita fiscal, de mercadorias tributáveis e não tributáveis, no exercício fiscalizado. Que o defendente alega que os valores apurados pela autoridade fiscal na auditoria de estoque não existem, porém não apresenta qualquer prova que dê embasamento legal às suas alegações. Que o contribuinte solicita prova pericial, porém não cumpre o que determina o artigo 145 do RPAF/99, que então copia. Que o defendente não juntou, à sua defesa, qualquer prova das suas alegações que justificasse a perícia fiscal.

A autuante passa a pronunciar-se acerca da Infração 04 expondo que o contribuinte ratifica a autuação, porém alega que houve a decadência com base no disposto no §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

A Auditora Fiscal afirma que, quanto à Infração 05, o contribuinte alega que algumas notas fiscais objeto da autuação estariam escrituradas, juntando cópias de livro Registro de Entradas sem identificação do próprio livro e das referidas notas. Que quanto a esta infração, chama a atenção deste Conselho para as folhas 190, 191, 210, 211, 234, 235, 236, 242 e 243, onde constam os mesmos valores totais escriturados de entradas e de saídas no livro Registro de Apuração do ICMS nº 04, e no Conta Corrente pelo Registro 50 do arquivo magnético SINTEGRA referente aos meses de junho de 2005 e de outubro de 2005. Que os valores estão grifados em verde.

A autuante aduz que, no que se refere à Infração 06, o contribuinte ratifica a autuação porém, tal como na Infração 04, alega que deu-se a decadência do direito de o Fisco constituir contra ele qualquer crédito tributário, com base no disposto no §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

A Fiscal assevera que não houve a decadência do direito de constituição do crédito fiscal relativo às Infrações 05 e 06 do PAF, conforme teor do artigo 150, §4º, do CTN; do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 128, e do RICMS/BA, Capítulo III, da Decadência e da Prescrição, artigo 965, dispositivos que copia em parte. Afirma que o prazo da decadência foi fixado no COTEB e no RICMS/BA, como também o CTN fixa prazo no seu artigo 173, que traslada. Que desta forma, considerando o disposto no §4º do artigo 150 do CTN, está comprovado que a Lei vigente determinou que o prazo decadencial ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pelo que o Auto de Infração está devidamente amparado na legislação do Estado da Bahia.

Afirma que se pode observar, em todo o decorrer da defesa, que o autuado procura apenas ganhar tempo e protelar o pagamento do débito fiscal apurado através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício de 2005, pela falta de registro no livro Registro de Entradas de Mercadorias Tributáveis e de Mercadorias enquadradas no Regime de Substituição e Antecipação Tributária, e pela utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica, fazendo alegações descabidas e inconsistentes.

Que, quanto às Infrações 01, 02 e 03, o autuado solicita perícia fiscal, porém não cumpre o que determina o artigo 145 do RPAF. Que, em relação a estas infrações, o defendente não juntou, à sua defesa, nenhuma prova de suas alegações e, como prevê o artigo 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação Fiscal. Que as Infrações 04 e 06 do PAF foram ratificadas pelo defendente, pois a alegação de decadência não procede.

Conclui pedindo pela manutenção integral da autuação.

O processo foi encaminhado para julgamento.

Na assentada de julgamento, em sustentação oral, a autuante manteve os termos da autuação, reprisando as assertivas constantes na informação fiscal. Indagada informou, em relação à Infração 01, que se trata de exigência de imposto devido pelo regime normal de apuração, e não de ICMS devido por substituição tributária.

VOTO

Preliminarmente, observo que autuado suscitou a decadência dos fatos geradores objeto da autuação em relação ao exercício de 2005, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §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 ao exercício de 2005, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/2005 a 31/12/2005 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2011.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 03/12/2010, com ciência do autuado em 07/12/2010, conforme seu recibo à fl. 05 dos autos, tendo sido realizados atos preparatórios indispensáveis à constituição do lançamento a partir da data de 11/08/2010, consoante intimação para apresentação de documentos fiscais à fl. 09.

Ainda preliminarmente, observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constantes nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Ainda em fase vestibular assinalo, por oportuno, que o contribuinte recebeu cópias dos documentos que embasaram as seis imputações, conforme recibos acostados aos autos. O contribuinte não formula pedido explícito de declaração de nulidade das imputações.

Porém assinalo, por dever de ofício e nos termos dos artigos 19 e 20 do RPAF/99, em relação à Infração 01, que há contradição entre o texto do campo próprio da identificação da imputação, constante no Auto de Infração sob código 04.05.09, à página 02 desse documento (fl. 03 dos autos deste processo), e o teor do campo denominado “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, à mesma página 02 do Auto de Infração. A infração atribuída ao sujeito passivo, no Auto de Infração, deve ser identificada no campo próprio intitulado “Infração”, servindo o campo intitulado “Descrição dos fatos” para os esclarecimentos adicionais, ou complementares, que porventura se façam necessários à perfeita compreensão, pelo autuado, do motivo pelo qual está sendo realizado o lançamento de ofício. Em assim sendo, não pode ocorrer a contradição entre o teor do campo da descrição da Infração, propriamente dita, com o campo destinado a esclarecer, em caráter apenas complementar, o motivo da autuação.

O enunciado desta imputação 01 também diverge dos dados dos demonstrativos fiscais que lastreiam a imputação, e do teor da informação fiscal, mantido pela autuante em sustentação oral, na assentada de julgamento.

Assim, o texto e dispositivos normativos constantes no campo destinado à identificação da Infração 01 indicam que a imputação trataria de ICMS devido por substituição tributária e, tanto no campo complementar denominado “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, quanto nos demonstrativos da auditoria de levantamento quantitativo de estoque, na informação fiscal e em sustentação oral na sessão de julgamento, a representante do Fisco relata ter apurado imposto devido no regime normal de apuração, por responsabilidade solidária, relativo à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e desacompanhadas de documentação fiscal, irregularidade apurada na auditoria de levantamento de estoque.

Assinalo que foi utilizado o mesmo código de infração do programa informatizado Sistema de Emissão de Auto de Infração – SEAI para as Infrações 01 e 02, implicando prejuízo jurídico. Ressalto que na lavratura dos Autos de Infração a descrição das imputações é feita a partir de descrições-padrão constantes no mencionado programa SEAI. Cada infração é ali identificada por um código. O preposto fiscal, para lavrar o Auto de Infração, identifica em qual código encontra-se a imputação pertinente à irregularidade apurada. Uma vez eleito determinado código pelo fiscal, o mencionado sistema automaticamente faz a descrição do fato, estabelece o percentual da

multa para o tipo de infração indicado e relaciona os dispositivos legais pertinentes a tal tipo de infração. Se a escolha do código do sistema SEAI é feita de forma equivocada, a imputação não corresponde aos fatos verificados na ação fiscal. No lançamento em lide, quanto à multicitada Infração 01 o Fisco se equivocou na escolha do código correspondente aos fatos concretamente verificados. Por conseguinte, os demonstrativos entregues ao sujeito passivo não espelham o fato imputado, e os dispositivos normativos concernentes ao enquadramento normativo, e à multa aplicável, no campo da Infração, estão incorretamente indicados, o que, somados à identificação incorreta dos fatos apurados, também inviabiliza, em relação a esta imputação 01, o exercício regular da ampla defesa, enquadrando-se o lançamento na situação prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Conforme o exposto, o lançamento contém vício de procedimento. Imputação 01 nula por vício formal.

Passo a apreciar o mérito das demais imputações.

Quanto à Infração 02, esta trata de falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal por ter, o sujeito passivo, adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que foi realizado o roteiro de auditoria AUDIF-207, verificando-se a omissão tanto de entradas, quanto de saídas, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005. Que, conforme determina o artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria nº 445/98, foi apurado ICMS no valor de R\$5.886,39 calculado à alíquota de 17%, referente a ICMS devido por antecipação tributária. Consta, também, que a infração está demonstrada no Anexo 01 do PAF.

O demonstrativo fiscal desta Infração está às fls. 25 e 26.

Embora esta imputação 02 tenha estreita relação lógica por consequência, relativa ao cálculo do débito, com a Infração 01, nula por vício formal, na verdade os demonstrativos fiscais evidenciam a efetiva ocorrência da irregularidade apontada na Infração 02, e o contribuinte, de posse dos demonstrativos do levantamento fiscal, e detendo também a guarda dos livros e documentos fiscais atinentes aos fatos apontados, não trouxe, ao processo, qualquer evidência de erro quantitativo, ou qualitativo, referente a esta acusação, limitando-se a arguições genéricas. A nulidade da Infração 01 não acarreta a da Infração 02. Haveria implicação se a Infração 01 fosse julgada improcedente, mas em relação à Infração 01 se trata de erro de forma, não de conteúdo, que não foi questionado com dados objetivos, pelo autuado.

Assinalo, quanto à arguição de que o levantamento de estoque dever-se-ia dar por período mensal de apuração, que trata-se de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, o que significa levantamento realizado em exercício financeiro encerrado, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Portaria nº 445/98, que dispõe sobre os procedimentos fiscais na realização da auditoria de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, abrangendo a movimentação das mercadorias objeto da verificação realizada em todo o exercício de 2005. Infração 02 procedente.

A Infração 03 refere-se a omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria no exercício fechado de 2005, com demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 42 e 43, tendo sido aplicada a

multa no valor de R\$50,00. Em relação a esta imputação, as argüições defensivas são as mesmas atinentes à Infração 02, já analisada neste voto, e também não foram acostados, pelo sujeito passivo, qualquer evidência de erro quantitativo, ou qualitativo, referente a esta imputação, limitando-se, o sujeito passivo, a tecer argüições genéricas. Infração 03 procedente.

A Infração 04 trata de entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, com demonstrativo fiscal à fl. 81 e vias de notas fiscais às fls. 82 a 84. Foi indicada a multa no valor de R\$7.665,44, equivalente a 10% sobre o valor total das mercadorias objeto da acusação fiscal.

A obrigação acessória de escrituração dos documentos fiscais está prevista no artigo 34, inciso XII, da Lei nº 7.014/96, c/c artigo 322, seus incisos e parágrafos, em especial o previsto no inciso I do mencionado artigo 322 do RICMS/BA:

Lei nº 7.014/96:

art. 34. São obrigações do contribuinte:

XII - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma prevista em regulamento;

RICMS/BA:

art. 322. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):

1 - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

O contribuinte reconhece a falta de escrituração detectada no levantamento fiscal, apenas alega tratar-se, nas situações que elenca, de mercadorias não sujeitas a tributação, pedindo a redução, ou dispensa, da multa aplicada.

A Lei nº 7.014/96 prevê multas com indicação de percentuais diferenciados para a situação de mercadorias tributáveis nas saídas, ou não mais tributáveis nas saídas, imunes, ou sob regime de isenção:

Lei nº 7.014/96:

art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Examinadas as três notas fiscais objeto da imputação, às fls. 82 a 84 dos autos, resta comprovado que as Notas Fiscais nºs 539909 e 539910 referem-se e operações de aquisição de bens de uso e consumo, a exemplo de cartazes e porta-garrafas, e a Nota Fiscal nº 592852 descreve modelo de refrigerador de bebidas, bem do ativo, pelo que trata-se de operações de entradas não mais sujeitas à tributação quando da ação fiscal realizada.

Este Conselho tem, reiteradamente, decidido que nesta condição a multa aplicável é a do inciso XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e não a do inciso IX do mesmo dispositivo legal, a exemplo do Acórdão CJF nº 0170-12/08, cujo teor reproduzo parcialmente a seguir:

“O autuante, ao lavrar o Auto de Infração aplicou a multa de 10%, prevista no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por entender que a hipótese de incidência da multa ocorreria quando ingressassem mercadorias sujeitas à tributação no

estabelecimento do sujeito passivo, sem que fossem registradas no Livro de Escrita Fiscal.

Correta foi a redução da multa realizada pela JF, que entendeu que “Embora a aquisição de bens do ativo imobilizado, nas operações interestaduais estejam sujeitos ao pagamento do ICMS da diferença de alíquota, entendo que a penalidade de 10% deve ser aplicada sobre o valor comercial da entrada de bem, mercadoria ou serviço que for destinado a comercialização ou industrialização, que na situação presente não ocorrerá, tendo em vista que pela atividade do autuado os bens adquiridos se destinam ao seu ativo imobilizado. Em caso de ocorrer comercialização futura destes bens, tal operação poderá sujeitar à incidência do imposto (comercialização ou desincorporação) ou estorno do crédito. Portanto, neste caso, entendo que deve ser exigida a multa de 1% prevista no art. 42, XI do RICMS/97”.

Assim, conclui-se que acertada foi a Decisão proferida pelo julgador *a quo* que reduziu o valor do débito da infração 7, não merecendo, portanto, qualquer reforma.”

Assinalo que o contribuinte não comprova, nos autos, que inexistiu dolo quando da falta de escrituração de tais documentos fiscais, e que não houve prejuízo ao erário, em decorrência do descumprimento desta obrigação acessória, pelo que não aplica, à situação em lide, o disposto no artigo 158 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto deve ser reduzido, de ofício, o percentual de multa aplicável de 10% para 1% do seu valor comercial. Imputação parcialmente elidida, restando procedente o valor de R\$766,54, com base nos dados do levantamento fiscal de fl. 81 dos autos.

A Infração 05 trata de entrada, no estabelecimento, de mercadorias não mais sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal e o demonstrativo do levantamento fiscal está acostado às fls. 86 e 87, com vias de notas fiscais às fls. 88 a 123, tendo sido indicada a multa no valor de R\$7.096,26, equivalente a 1% sobre o valor total das mercadorias.

O contribuinte alega que, à exceção das Notas Fiscais n°s 604528 e 604711, todas as demais notas fiscais relacionadas no Anexo 4 do Auto de Infração teriam sido devidamente escrituradas.

Observo que, embora tendo intimado o contribuinte para apresentar-lhe o livro Registro de Entradas, conforme documento de fl. 09, o Fisco não acostou aos autos cópia deste livro fiscal, para comprovar a não escrituração das notas fiscais.

Assinalo, por oportuno, que nesta imputação não se exige imposto apurado em levantamento fiscal, pelo que as totalizações de valores monetários constantes em páginas de livros fiscais, em dados dos registros de arquivos magnéticos do sistema SINTEGRA, e em levantamentos fiscais relativos a outros roteiros de auditoria, a exemplo de auditoria do conta-corrente fiscal, embora possam vir a significar indício de possível irregularidade, fogem ao cerne da imputação, que trata do descumprimento da obrigação acessória de registro de documentos fiscais no livro Registro de Entradas.

O contribuinte, em sua impugnação, apresentou cópias que identifica como sendo de seu livro Registro de Entradas, quais sejam estas, tal como exposto no Relatório que antecede este voto, cópias às fls. 259 a 269 destes autos, intituladas “Livro Registro de Entradas – RE – Modelo P1A”, Livro n° 172, mês de junho/2005, páginas n°s 000048, 000049, 000108, 000109, 000110, 000249, 000250, 000251, 000319, 000320, e 000321. O Fisco não traz, aos autos deste processo, prova de irregularidade dos dados contidos em tais cópias, e nestes documentos encontra-se comprovada a escrituração da maior parte das notas fiscais objeto do levantamento fiscal de fls. 86 e 87, à exceção da Nota Fiscal n° 604528, com valor contábil de R\$7.342,64, e da Nota Fiscal n° 604711,

com valor contábil de R\$20.085,25, que não se encontram escrituradas, tal como afirmado pelo sujeito passivo.

Tal como ocorre em relação à Infração 04, também quanto à Infração 05 o contribuinte não comprova, nos autos, que inexistiu dolo quando da falta de escrituração de tais documentos fiscais, e que não houve prejuízo ao erário, em decorrência do descumprimento desta obrigação acessória, pelo que não aplica, à situação em lide, o disposto no artigo 158 do RPAF/99.

Infração 05 parcialmente procedente no valor de R\$274,28, com base nos dados do levantamento fiscal de fls. 86 e 87 dos autos.

A Infração 06 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$4.264,37, relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.

O contribuinte não contesta objetivamente a imputação, nem traz, aos autos, prova de que não teria cometido tal infração, limitando-se a argüir a decadência do direito da constituição do crédito pelo ente tributante, aduzindo “Isso porque, como o crédito foi lançado em junho/2005, na data do auto de infração já havia transcorrido o lapso de cinco anos de que trata o §4º do artigo 150 do Código Tributário nacional.”

Esta argüição de decadência já foi apreciada preliminarmente neste voto, e está superada esta discussão. No mérito, sendo o sujeito passivo estabelecimento comercial, conforme documentos acostados ao processo, no exercício de 2005 não poderia usar crédito fiscal relativo à utilização de energia elétrica, nos termos do artigo 93, inciso II, alínea “b”, item “2”, do RICMS/BA c/c artigo 33, inciso II, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96:

RICMS/BA:

art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996;

Lei Complementar nº 87/96:

art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

Nestes termos, é procedente a Infração 06.

Por tudo quanto exposto, pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$11.241,58, conforme tabela a seguir:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	ICMS	PENALIDADE POR DESC. OBRIG. ACESSÓRIA
01	NULA	-	-
02	PROCEDENTE	5.886,39	-
03	PROCEDENTE	-	50,00
04	PROC. EM PARTE	-	766,54
05	PROC. EM PARTE	-	274,28
06	PROCEDENTE	4.264,37	-
TOTALS		10.150,76	1.090,82

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 **207101.0004/10-6**, lavrado contra **SCHINCARIOL LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.150,76**, acrescido das multas de 60% previstas nos incisos II, alínea “d”, e inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.090,82**, previstas nos incisos XI e XXII do artigo 42 da mencionada Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR