

A.I. Nº - 206936.0011/08-8
AUTUADO - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO BENJAMIN DE SOUZA MUNIZ
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26.04.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-02/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. **b)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos mediante diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal com reabertura do prazo de defesa.. Infrações parcialmente caracterizadas. Indeferido o pedido de perícia. Não acolhidas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$29.638,95, referente:

1- Multa no valor de R\$25.537,75, em razão de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, com multa de 10% sobre o valor das entradas.

2- Multa no valor de R\$4.101,20, em razão de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, com multa de 1% sobre o valor das entradas.

O autuado impugnou o lançamento tributário mediante advogado habilitado nos autos, fls. 36/46, aduzindo que existe impedimento legal para o lançamento da multa prevista no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96 no que tange ao mês de Janeiro de 2004, eis que já decorrido o prazo decadencial, previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, quando da notificação da lavratura do Auto de Infração, tendo em vista que o sujeito passivo foi notificado do lançamento em 28 de janeiro de 2009, tendo decorrido mais de cinco anos desde a data dos fatos geradores e a notificação de lançamento, devendo ser aplicada a previsão do parágrafo único do art. 149 do Código Tributário Nacional, o qual determina que o lançamento e eventual revisão deste só podem ser iniciados enquanto não extinto o direito de lançar da Fazenda Pública, o que não ocorre no presente caso.

Aduz que o Auto de Infração está acoimado de algumas nulidades, as quais passou a indicar.

1- o demonstrativo de débito tributário não alocou, com discriminação particularizada da base de cálculo, os valores referentes às mercadorias tributáveis e não tributáveis, bem como o critério adotado para distinguir as mercadorias em tributáveis e não tributáveis, se seriam as mercadorias componentes desta submetidas a regime de substituição ou antecipação, total ou parcial ou, ainda, isentas. O auto de infração limitou-se a afirmar que houve suposta prática de infração fiscal, eis que teria dado entrada em seu estabelecimento sem o devido registro fiscal, sem indicar, contudo, qual seria a real falta de “registro fiscal”.

2- é nulo quando confrontado com a disposição do art. 39 do Decreto nº 7.629/99, notadamente nas disposições constantes nos incisos III e IV, pelos quais são requisitos do Auto de Infração, dentre outros, a clara, precisa e sucinta descrição dos fatos considerados como infração à legislação tributária, bem como a demonstração do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato, a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado, mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido, o que não ocorreu no caso em tela, viciando por nulidade absoluta a autuação.

3- o Auto de Infração é nulo pois não carrega a precisa delimitação da infração supostamente cometida. Com efeito, a fiscalização assevera que o contribuinte deu entrada, em seu estabelecimento, de mercadorias “sem o devido registro fiscal”, indicando para tanto o art. 322 do RICMS. Ocorre que este dispositivo regulamentar trata do livro de Registro de Entradas, elemento em qualquer momento foi suscitado ou indicado pela ilustre Fiscalização, limitando-se, ainda, a asseverar nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração que houve o registro no SINTEGRA das notas fiscais de entrada que “não foram lançadas pelo contribuinte”, sendo que as infrações previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 tratam da completa ausência de registro fiscal, situação não demonstrada na autuação, existindo verdadeira confusão, havendo indicação, pela própria fiscalização, no SINTEGRA, quando sabidamente trata-se de documento fiscal eletrônico, na forma do Convênio ICMS 57/95. Assim, restou ausente a regular indicação de qual seria a real falta de “registro fiscal”, impondo-se a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, argumenta que o lançamento é improcedente eis que existe descompasso entre o demonstrativo de notas fiscais de entrada anexo ao auto de infração e seu livro de Registro de Entradas, discordando do levantamento efetuado pela fiscalização.

Frisa que a impugnante não pode ser sancionada por operações que efetivamente não promoveu, não lhe podendo ser aplicadas as multas previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 em relação às mercadorias que não adquiriu, mesmo que constantes no SINTEGRA, devendo prevalecer sua escrituração no livro fiscal próprio – Livro de Registro de Entradas. Com efeito, a simples e eventual existência de notas fiscais constando a impugnante como destinatária não é prova suficiente da entrada de mercadoria em seu estabelecimento, uma vez que a emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria, conforme já foi decidido por este Egrégio Conselho, pela 2ª Câmara, Resolução nº 348/86.

Destaca que, segundo a interpretação deste Egrégio Conselho, a simples emissão de notas fiscais ao contribuinte não prova a entrada da mercadoria no seu estabelecimento, de forma que é necessária a produção de provas robustas pela Fiscalização Tributária, tais como: a juntada do comprovante de recebimento fornecido pelo transportador; levantamento quantitativo de estoque ou, ainda, a realização de diligência junto aos fornecedores etc., meios de prova que, no caso em tela, não foram utilizados para o lançamento da multa, sendo imperiosa a declaração de sua improcedência.

Argumenta que, diante da evidência de erros na autuação e da complexidade da matéria fática em questão, a Impugnante requer a produção de perícia contábil-fiscal, com fulcro nos arts. 123, §3º e 145 do RPAF, cujos quesitos formulou e indicou como assistente técnico o Sr. MELCHISEDECK GUIMARÃES COSTA.

Ao final, requer seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração, visto que se demonstrou à saciedade sua nulidade absoluta ao não carrear elementos que determinassem, com segurança, a infração à legislação tributária, bem como sua improcedência, por efetuar lançamento sem a necessária comprovação da entrada de mercadorias no estabelecimento da impugnante.

Na informação fiscal, fls. 54 a 57, o autuante, quanto ao questionamento do contribuinte sobre a particularização da base de cálculo, ressalta que os demonstrativos, fls. 08 a 32, constam todas as

notas fiscais de entrada que não foram registradas, as tributadas, as isentas e as outras. Sobre as mercadorias tributadas não registradas foi aplicada multa de 10% e sobre as isentas e outras 1%. Os demonstrativos são detalhados e particularizando a base de cálculos, informando se as mercadorias são tributáveis, isenta ou outras, existindo colunas diferentes.

Quanto ao questionamento do contribuinte de que o demonstrativo fala do SINTEGRA e não no livro Registro de Entradas, aduz que os dados existentes foram relativas às operações dos fornecedores para com o autuado e essas operações não foram registradas no livro de Registro de Entradas, tanto assim, que não trouxe o contribuinte aos autos a sua comprovação, como também, não foram informadas estas operações ao fisco através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária.

Em relação a Resolução citado na defesa, entende que não pode acolhido o referido entendimento, pois não se trata de falta de registro de algumas notas fiscais e sim de mais de 700 (setecentas) notas fiscais de entrada que não foram registradas. Frisa que o mesmo procedimento foi verificado no estabelecimento matriz com Inscrição estadual 51.962.926, Auto de Infração 206936.0010/08-1.

Ao final, opina pela procedência do Auto de Infração.

Visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, ora exigido, foi decidido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência a Infaz de origem, no sentido de que fossem acostadas e entregues cópias das notas fiscais, para as operações de dentro do Estado e, para as operações com contribuintes de outros Estados, além de acostar cópia das notas fiscais, fosse acostados elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como: cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes; cópias dos canchotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc); cópias de conhecimentos de transporte; quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias; acostar aos autos cópias das notas fiscais. Foi determinada a exclusão das notas fiscais cujas cópias não sejam acostadas aos autos e, no caso das aquisições de fora do estado, excluir também as notas fiscais que não fossem acostados outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado. Foi, ainda, determinado a reabertura do prazo de defesa, 30 dias.

Em atendimento ao solicitado na diligência, o autuante à folha 62 informa que excluiu dos levantamentos as notas fiscais cujas cópias não puderam ser materializadas, resultando na redução da infração 01 para R\$6.677,94 e a infração 02 para R\$ 468,93, totalizando R\$7.146,87, acostando demonstrativos à folha 63 e cópia das respectivas notas fiscais às folhas 63 a 73.

O autuado foi intimado do resultado da diligência, fl. 93, e em nova manifestação defensiva, fls. 96 a 106, reiterou os argumentos da defesa anterior.

Em nova informação fiscal, fls. 109 a 112, o autuante reitera as manifestações anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que a autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para aplicar multas por ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação (multa 10%), bem como de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal (multa de 1%), todo o devido registro na escrita fiscal.

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos de janeiro/2004, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, o fisco teria até o dia 31/12/2009 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2008 não se configurou a decadência.

Ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitada pelo autuado, por não ter amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. O autuante expôs com clareza, precisão e sucintamente os fatos considerados como infração à legislação do ICMS. As imputações encontram-se fundamentadas de fato e de direito, na medida em que

descreve as infrações com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Os documentos fiscais que lastrearam a autuação encontram-se nos autos, aqueles que não foram juntados pela fiscalização foram excluídos da autuação, por determinação da Junta, quando da diligência fiscal. Nos demonstrativos elaborados pelo autuante constam todos os dados necessários para ao entendimento do sujeito passivo, estando indicados os documentos fiscais não escrituradas pelo contribuinte, sua base de cálculo, o percentual das multas, a separação das mercadorias tributáveis e as não sujeitas a tributação (isentas e outras), valor devido etc. Como bem ressaltou o autuante, em sua 1ª manifestação defensiva, quanto ao questionamento do contribuinte de que o demonstrativo fala do SINTEGRA e não no livro Registro de Entradas, aduziu que os dados existentes foram relativos às operações dos fornecedores para com o autuado e essas operações não foram registradas no livro de Registro de Entradas, tanto assim, que a defesa não trouxe aos autos a sua comprovação, como também, não foram informadas estas operações ao fisco através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária.

Como o impugnante recebeu cópia dos demonstrativos, onde constam as notas fiscais e a indicação se as mercadorias nelas existente eram tributadas, isentas e outras, conforme colunas específicas, caberia o sujeito passivo apontar qual seria a mercadoria/nota fiscal que teria sido considera indevidamente, no entendimento da defesa, fato que não foi concretizado nas peças impugnatórias.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, o PAF foi convertido em diligência sanando as falhas relativa a ausência de algumas notas fiscais, para internas, que embasaram a autuação e a falta de outros elementos em relação as operações de fora do estado, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias. Ressalto, ainda, que os quesitos formulados pelo impugnante objetiva a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No mérito, quando ao Acórdão citado pela defesa, o mesmo não reflete o entendimento dominante do CONSEF. Ressaltar que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica, apenas a título de exemplo cito os Acórdãos das Câmaras do CONSEF N.ºs. CJF N.º 0098-11/09 e CJF N.º 0114-12/09, que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias.

Ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação, que, ressalte-se, o mesmo não comprovou ter efetuado as respectivas escriturações e nem a existência de erros nos levantamentos fiscais, mesmo após a reabertura do prazo de defesa, mais 30 dias.

Assim, acato integralmente o resultado da diligência fiscal, a qual excluiu dos levantamentos as notas fiscais cujas cópias não puderam ser materializadas nas operações internas e as notas fiscais das operações interestaduais que não foram acostados outros elementos da circulação das mercadorias, resultando na redução da infração 01 para R\$ 6.677,94 e a infração 02 para R\$468,93, totalizando R\$7.146,87, conforme demonstrativos à folha 63 e cópia das respectivas notas fiscais às folhas 64 a 73, as quais foram entregues ao autuado com a reabertura do prazo de defesa.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas nos valores acima indicados.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206936.0011/08-8**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$7.146,87**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR