

A. I. Nº. - 207101.0001/11-5
AUTUADO - SCHINCARIOL LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01. 12. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0300-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Detectando-se omissão tanto de entradas como de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente à diferença de maior expressão monetária. No caso, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeito o cálculo considerando o valor correto das notas fiscais o valor lançado ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL EM DUPLICIDADE. Os elementos que embasaram a autuação trazem a comprovação da imputação. Infração subsistente. Não acolhidos os pedidos de perícia, de decadência e de redução das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2011, foi efetuado o lançamento do crédito tributário no valor total de R\$32.954,82, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – Deixou de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercício de 2006. Sendo lançado o imposto no valor de R\$12.342,76, acrescido da multa de 70%;

02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2006. Sendo sugerida a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.850,60, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta que se refere a notas fiscais coletadas através do CFAMT, encontrando-se anexadas ao processo;

03 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2006. Sendo sugerida a multa por descumprimento de obrigação

acessória no valor de R\$1.103,05, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias. Consta que se refere a notas fiscais coletadas através do CFAMT, encontrando-se anexadas ao processo;

04 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de março de 2006. Sendo lançado o imposto no valor de R\$13.658,41, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à planilha CIAP.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa às fls. 224 a 235, transcreve os termos das infrações, ao tratar sobre a Infração 01, realça que a acusação é improcedente. Primeiro, porque o levantamento quantitativo deveria ter sido feito mês a mês, de forma a permitir a constatação de eventuais divergências em cada período de apuração. E, em segundo lugar, porque não adquiriu qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal, de forma que a divergência apurada pela Fiscalização não existe.

Deduz que a diferença de estoque decorreu da indevida inclusão, no relatório fiscal (fl. 50), da Nota Fiscal nº 84.845 (doc. 05 – fl. 256), emitida pela Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda., uma vez que as mercadorias nela relacionadas foram recusadas e devolvidas pelo autuado, por meio da Nota Fiscal nº 85.014 (doc. 06 – fl. 257), no valor de R\$39.899,20, emitida pelo fornecedor, demonstrando expressamente a “*“Devolução Ref. NF nº 084845 de 18/11/2006”*”. Ressalta que reside aí a diferença em relação ao produto Caninha Villa. Realça que, por essa razão, aquela nota fiscal jamais poderia ser considerada no levantamento quantitativo.

Quanto às mercadorias Caninha Pirassununga 51 e Cachaça Riopedrense, diz que a relação entre o saldo final da diferença e as notas fiscais de saída implicam, respectivamente, numa diferença de 0,18% e 0,16%, o que resulta do cálculo aritmético dos dados coletados pelo Fisco. Aduz que como a diferença é insignificante, é inaceitável supor que teria omitido saídas de mercadorias tributáveis. Em primeiro lugar, porque se trata de diferença mínima, que não representa uma omissão de receitas, dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E, em segundo, porque essa diferença decorre de perda natural de estoque, devido a problemas com armazenagem, acondicionamento, manuseio e transporte interno. Conclui ter demonstrado, e provado, que a acusação não procede.

Frisa que a confrontação dos livros Registro de Inventário, Registro de Entradas e Registro de Saídas, com as notas fiscais de saída, as notas fiscais de entrada e as notas fiscais recebidas no período, indicará que não há diferença a ensejar a acusação de recebimento de mercadoria sem documentação fiscal, justificando a necessidade de demonstração de tais pontos mediante exame pericial-contábil, para que se comprove a inexistência de divergência a fundamentar a acusação de omissão de entradas ou de saídas, cujos quesitos apresentam à fl. 236 (art. 145 do RPAF/BA).

Versando sobre a infração 02, afirma que a acusação não procede, porque não adquiriu mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, e porque a Nota Fiscal nº 84.845, arrolada nesta infração, é a mesma relacionada na infração 01 (doc. 05). Lembra que esse documento fiscal não foi registrado porque a mercadoria foi recusada e devolvida ao fornecedor, conforme Nota Fiscal nº 85.014 de devolução (doc. 06). Assim, improcede a acusação quanto à Nota Fiscal nº 84.845.

Em relação à falta de escrituração da Nota Fiscal nº 63.139, alega que houve um equívoco no seu registro, ou seja, esse documento foi lançado como sendo 63.139, quando o correto seria 63.149 (doc. 07 – fl. 258). Na casa da dezena, digitou-se equivocadamente o número “três”, quando o correto seria “quatro”, tratando-se de equívoco de digitação e não de omissão de escrituração. Diz que improcede a acusação também em relação à não escrituração da Nota Fiscal nº 63.139.

Aduz que a confrontação dos livros Registro de Inventário, Registro de Entradas e Registro de Saídas, com as notas fiscais recebidas e emitidas, apontará que não existe nota fiscal sem o devido registro na escrita fiscal, o que justifica a realização de exame pericial-contábil, para que seja constatada a inexistência da acusação de omissão de entradas ou de saídas, conforme quesitos que apresenta.

Em relação à Infração 03, aduz que a acusação é improcedente, uma vez que não adquiriu qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal. Apresenta, em seguida, as justificativas referentes a cada uma das notas fiscais arroladas na imputação:

- 1) A Nota Fiscal nº 701.089, no valor de R\$23.780,02, foi lançada, como será constatado em prova pericial;
- 2) A Nota Fiscal nº 721.130 (doc. 08 – fl. 259), no valor de R\$21.794,80, apresentou equívoco na escrituração, que consistiu na digitação do “ano” na escrita fiscal, como 2009, quando o correto seria 2006. Chama a atenção para a troca do dígito “6” pelo “9”, os quais aparecem um sobre o outro no teclado, justificando o equívoco que resultou na exigência indevida;
- 3) A Nota Fiscal nº 729.397 (doc. 09 – fl. 260), no valor de R\$21.122,82, foi lançada equivocadamente na barreira fiscal. Com efeito, foi lançada equivocadamente no CFAMT com o nº 729.387, ou seja, com equívoco no dígito da dezena (digitado o número “8” ao invés de “9”);
- 4) Em relação às Notas Fiscais de nºs 335.891 e 339.807, nos valores de R\$22.319,46 e R\$20.287,98, as respectivas mercadorias entraram fisicamente e foram registradas no estoque, entretanto deixaram de constar no Modelo 3 que alimenta o Sintegra, o que resultou na autuação indevida.

Ressalta que, desta forma, a irregularidade apurada pela autuante, em realidade, não existe. Aduz que a confrontação dos livros Registro de Inventário, Registro de Entradas e Registro de Saídas com as notas fiscais recebidas e emitidas, demonstrará que não há qualquer diferença a ensejar a acusação de recebimento de mercadoria desacompanha de documento fiscal.

E para demonstrar tal fato, protesta pela realização de prova pericial, para que se examine as questões lançadas, como forma de demonstrar a inexistência da ausência de registro de nota fiscal quando da entrada do estabelecimento, conforme quesitos apresentados.

Quanto à infração 04, afiança que não houve o levantamento pormenorizado dos créditos objeto da acusação, de modo que a análise do livro Registro de Entradas, em cotejo com o CIAP e o livro Registro de Apuração do ICMS, demonstrará a inexistência de créditos em duplicidade. Visando demonstrar essa alegação, protesta pela realização de prova pericial, para que se examine detalhadamente os referidos livros, em cotejo com as notas de entrada, com vistas a constatar a regularidade do lançamento de março de 2006, ante a inexistência de créditos em duplicidade, conforme quesitos à fl. 236.

Frisa que mesmo que tenha aproveitado equivocadamente crédito de ICMS referente àquele mês, ainda assim ocorreu a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, em decorrência daquele fato. Isso, porque como o crédito foi lançado em março de 2006, na data da intimação do Auto de Infração (12/04/2011) já havia transcorrido o lapso de cinco anos de que trata o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, de modo que a exigência não pode prosperar.

Versando sobre as multas sugeridas, diz que no caso da Infração 01, a mesma não existe, porque foi considerada como não escriturada nota fiscal cujas mercadorias não foram aceitas, sendo devolvidas ao remetente. Quanto à infração 02, realça que todas as notas fiscais foram devidamente lançadas, sendo que os equívocos não justificam a imposição de penalidade, assim como no atinente à infração 03. No que concerne à infração 04, caso não reconhecida a decadência, a mesma também improcede, como demonstrará a perícia solicitada.

Com base no exposto, requer que as multas sejam relevadas ou reduzidas, nos termos do art. 159 do RPAF/BA, principalmente porque nunca deixou de escriturar e/ou pagar o ICMS devido mês a mês. Solicita que seja dado provimento à sua impugnação, para se desconstituir integralmente o crédito tributário objeto do Auto de Infração. Pugna pela realização da produção de prova pericial nos moldes do art. 145 do RPAF/BA, cujos quesitos a serem respondidos se encontram à fl. 236, bem assim pela apresentação oportuna de documentos que se fizerem necessários para a realização da prova pericial, devido à impossibilidade de apresentar todos os documentos contábeis no momento.

Pede que todas as intimações sejam levadas a efeito no seu estabelecimento, assim como na pessoa de seu advogado Gustavo Almeida e Dias de Souza, inscrito na OAB/SP sob o nº 154.074, com escritório na Av. Barão de Tatuí, nº 540, 3º andar, CEP 18030-000, Vergueiro – Sorocaba – SP.

A autuante presta informação fiscal às fls. 263 a 268, quando contestou os pontos abordados pela defesa em relação aos quatro itens da autuação.

Comentando sobre a infração 01, realça que o levantamento se baseou nos estoques iniciais e finais, devidamente escriturados nos livros Registro de Inventário e nos valores das entradas e saídas das mercadorias selecionadas, que se encontravam escrituradas nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas do período fiscalizado, tudo conforme previsto na Portaria nº 445/98.

Quanto à alegação de que o levantamento quantitativo de estoques deveria ter sido feito mês a mês, para permitir a constatação de eventuais divergências em cada período de apuração, salienta que conforme determina a Portaria 445/98, o levantamento quantitativo foi elaborado em “exercício fechado”, tomando-se como base os valores dos estoques iniciais existentes em 31/12/2005 e finais, verificados em 31/12/2006, escriturados nos livros Registro de Inventário de nºs 04 e 05 e os valores escriturados das entradas e saídas das mercadorias selecionadas no período fiscalizado. Assevera que em exercício fechado não se pode falar em levantamento quantitativo elaborado por mês.

No que se refere à argumentação de que foi indevida a inclusão da Nota Fiscal nº 84.845, emitida pela Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda., frisa que o autuado não analisou devidamente o processo, uma vez que foi anexado aos autos, sendo fornecido ao contribuinte um CD autenticado, contendo os relatórios elaborados, em razão do grande volume de registros, não tendo sido computada a referida nota fiscal, por não se encontrar escriturada nos livros fiscais próprios.

Não concorda com a solicitação de prova pericial ou de realização de diligência, frisando que o contribuinte não cumpre o que determina o art. 145 do RPAF/BA, que estabelece que, para tanto, o interessado deverá fundamentar a sua necessidade, haja vista que não juntou qualquer prova das suas alegações, tais como demonstrativos, que justificassem a solicitação referente à infração 01.

Versando sobre a infração 02, ressalta ter constatado que o contribuinte não escriturou nos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, as Notas Fiscais de nº.s 63.139, de 31/07/2006, e 84.845, de 18/11/2006, as quais foram capturadas pelo Sistema CFAMT e estão anexadas ao processo. Observa ter sugerido a multa de 10%, em razão de as mercadorias serem tributáveis.

Contesta a alegação defensiva de que a Nota Fiscal nº 63.139 fora lançada, por equívoco, como tendo o nº 63.139 quando o correto seria o nº 63.149, realçando que isso comprova, novamente, que o autuado não leu o processo, pois o mesmo contém todos os elementos que comprovam que a Nota Fiscal não escriturada é a de nº 63.139, emitida pela empresa Companhia Muller de Bebidas Nordeste (fl. 58), juntamente com os Relatórios das Notas Fiscais recebidas e não lançadas e Relatório CFAMT das Notas Fiscais Requisitadas (fls. 65 a 77).

Quanto à Nota Fiscal nº 84.845, de 18/11/2006, emitida pela Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda. (fl. 57), diz que não procede a alegação de que as mercadorias foram recusadas e devolvidas, pois tal afirmação não foi comprovada.

Ao se referir à infração 03, afiança ter constatado que o contribuinte não escriturou nos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, as Notas Fiscais de nºs: 701.089, de 31/07/2007; 721.130, de 27/09/2006; 729.397, de 18/10/2006; 335.891, de 06/12/2006 e 339.807, de 22/12/2006, as quais foram capturas pelo Sistema CFAMT e estão anexadas aos autos. Aduz ter sugerido a multa de 1%, em razão de as mercadorias estarem enquadradas no regime de substituição tributária.

Contesta o argumento do autuado, relativo às infrações 02 e 03, de que não adquiriu qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal, salientando que essas imputações se referem à não escrituração nos livros fiscais próprios das referidas notas fiscais, que acompanharam as mercadorias, e tanto é assim, que foram capturadas na fiscalização de trânsito de mercadorias.

Ao se referir à infração 03, não acata as alegações do autuado, de que houve equívoco quanto ao ano da escrituração da Nota Fiscal 712.130 (fl. 61), de 2006 para “2009” e no dígito relativo à Nota Fiscal 729.397 (fl. 62), e diz que no caso das Notas Fiscais 335.891 e 339.807 (fls. 63 e 64), o autuado ratifica a infração, ao declarar que as mercadorias entraram fisicamente em seu estoque no exercício fiscalizado.

Ao comentar a infração 04, diz ter detectado que o contribuinte utilizou crédito fiscal a título de CIAP no mês de março de 2006, no valor de R\$125.503,18, com o lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS nº 05, folha 15, na coluna Outros Créditos – CIAP – Parcelas de Agosto de 2005 a Dezembro de 2005, janeiro de 2006 a fevereiro de 2006 não creditados e março de 2006 (fl. 82).

Realça que do total creditado, as parcelas referentes aos meses de outubro de 2005, no valor de R\$1.453,66, novembro de 2005, no importe de R\$4.283,46 e dezembro de 2005, no valor de R\$7.921,29, foram devidamente creditadas e utilizadas nos respectivos meses, ficando caracterizada a utilização em duplicidade do mesmo crédito fiscal, no valor de R\$13.658,41, nos meses de outubro a dezembro de 2005 e em março de 2006.

Aduz que o autuado ratificou a autuação, quando confessou que mesmo que supostamente tivesse equivocadamente aproveitado o crédito fiscal no valor de R\$13.658,41 em março de 2006, o Fisco não poderia constituir qualquer crédito tributário, em razão da ocorrência do prazo decadencial, baseando-se no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Entende que de acordo com o transscrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), não houve a decadência da infração 04, porque o período fiscalizado se iniciara em janeiro de 2006, a infração teve como data de ocorrência 31/03/2006 e o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011. Salienta que ocorreu total obediência ao disposto no art. 28, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia e no art. 965, inciso I do RICMS/BA, os quais se encontram em conformidade com o previsto no art. 173, inciso I do CTN, que prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Observa que apesar de ter solicitado perícia fiscal para todas as infrações, o autuado não cumpriu o que determina o art. 145 do RPAF/BA. Isto, porque em relação à infração 01 não juntou à defesa nenhum demonstrativo que comprovasse suas alegações; quanto às infrações 02 e 03 também não juntou provas de suas afirmações e, como prevê o art. 143 do RPAF, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação; e a infração 04 foi ratificada pelo defendant, pois a alegação de decadência não procede.

Diante do exposto, sugere a manutenção, na sua totalidade, do Auto de Infração.

Por meio de petição à fl. 285, o autuado juntou documentos para fins de demonstrar a necessidade de realização da prova pericial requerida, tendo em vista que tais documentos conduzirão à improcedência da autuação.

Quanto à infração 02, lembra ter asseverado que a Nota Fiscal nº 63.149 foi equivocadamente escriturada com a numeração 63.139 (fl. 230). E para provar tal assertiva, juntara a Nota Fiscal 63.149 (fl. 258), anexando agora o livro Registro de Entradas, para provar que essa nota fiscal foi devidamente escriturada, mesmo porque apresenta as mesmas características daquela apontada no relatório fiscal de fl. 56. Mantém a impugnação originalmente apresentada.

No que se refere à infração 03, observa que na impugnação disse que a Nota Fiscal nº 701.089 fora corretamente escriturada, e para comprovar esta alegação, está juntando o livro Registro de Entradas, comprovando a sua efetiva escrituração. No tocante à Nota Fiscal nº 729.397, realça que houve erro no lançamento, haja vista que o documento foi consignado com o nº 729.387. Para comprovar esse fato, já anexara a Nota Fiscal (fl. 260), trazendo agora a cópia do livro Registro de

Entradas, onde demonstra sua escrituração, vendo as mesmas características daquela lançada no relatório fiscal de fl. 59. No mais, reitera a impugnação.

Requer a juntada dos documentos anexados, para que seja determinada a realização da prova pericial contábil, em razão dos argumentos oferecidos na impugnação, que ficam reiterados.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência IFEP Comércio, para que fosse entregue ao autuado cópia da informação fiscal e que o mesmo fosse intimado para apresentar os elementos inclusive os contábeis, comprobatórios do retorno das mercadorias atinentes à Nota Fiscal nº 84.845, citando o livro Registro de Entradas do fornecedor, onde conste o lançamento da nota Fiscal nº 85.014 e a comprovação de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida, além dos documentos comprobatórios da demais alegações oferecidas na peça defensiva. E que na oportunidade fosse informado o autuado sobre a concessão do prazo de 10 dias para atendimento à intimação. Foi solicitado que a autuante prestasse informação fiscal se manifestando inclusive a respeito das novas provas documentais juntadas pelo autuado, observando-se também os art.651, 652 e 654 do RICMS/BA, no que concerne aos retornos e devoluções.

O contribuinte após ter sido intimado apresenta manifestação às fls. 298 e 299, aduzindo que está juntando cópia das Notas Fiscais nº 84.845 e nº 85.014 e dos livros Registro de Saídas e de Entradas da Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda., com a escrituração das citadas notas fiscais. Solicita um prazo de 20 dias para juntar os mesmos elementos aos autos, autenticados, e que seja oficiada a Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda. para que a mesma encaminhe os documentos que lhes são pertinentes e necessários ao deslinde do feito.

A autuante, presta informação fiscal à fl. 312, dizendo que em relação à Infração 02 o autuado juntou ao PAF as mesmas Notas Fiscais nº 84.845 e nº 85.014 já apresentadas na defesa. Assevera que no que se refere à Infração 03 o autuado não apresentou qualquer novo elemento de provas de suas alegações.

Esclarece que o autuado foi intimado para apresentar todos os elementos, inclusive contábeis do retorno das mercadorias concernentes à Nota Fiscal nº 84.845, tais como cópia da primeira via da referida nota fiscal e também a comprovação de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida mas não cumpriu fielmente o determinado na diligência à fl. 294 do PAF, pois não juntou os documentos fiscais e contábeis comprobatórios de suas alegações.

Conclui solicitando a manutenção das Infrações.

O autuado atravessa petição, às fls. 317 a 318, solicitando a juntada aos autos de cópias autenticadas das Notas Fiscais nº 84.845 e nº 85.014 e dos livros Registros de Saídas e de Entradas da empresa bem como de declaração da Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda., no intuito de provar a devolução das mercadorias destinadas ao seu estabelecimento.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. Os elementos de provas acostados aos autos são suficientes para permitir o julgamento e decisão da lide. Não acolho, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ademais, o processo foi convertido em diligência, à fl. 294, o contribuinte foi intimado no dia 04/08/11, à fl. 297, para receber cópia da informação fiscal, bem como para apresentar os elementos

inclusive os contábeis, comprobatórios do retorno das mercadorias atinentes à Nota Fiscal nº 84.845, e que fosse apresentada cópia autêntica da primeira via desse documento fiscal, e do livro Registro de Entradas do fornecedor, onde conste o lançamento da nota Fiscal nº 85.014 e a comprovação de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida, além dos documentos comprobatórios da demais alegações oferecidas na peça defensiva. Foi concedido o prazo de 10 dias para atendimento à intimação, e sobre a qual se manifestou, nos dias 17/08/11 e 01/09/11, mas não trouxe aos autos elementos suficientes para elidir as imputações impugnadas.

Argui também, preliminar de decadência do direito à constituição do crédito tributário em relação ao fato gerador ocorrido no período de março de 2006, fundada no art. 150, § 4º do CTN.

Saliento que essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento. O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 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 art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. De outro lado à contagem do prazo decadencial toma como referência a data da ocorrência do fato gerador, consoante dicção da norma transcrita acima e não a data da notificação para tomar ciência do ato.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011, e se reporta à fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, tinha a Fazenda Pública prazo até 31/12/2011 para efetuar o referido lançamento. Portanto, fundado na descrição do pleito mencionada acima, não vislumbro, ter operado o instituto da decadência.

Quanto aos quesitos que pretende que sejam respondidos, formulados à fl. 236, objetivando realizar a produção de prova pericial, não acolho tal pretensão, posto que os temas abordados na quesitação feita, foram pautados em provas materiais oferecidas ao fisco pelo próprio contribuinte (livros Registro de Inventário, Registro de Saídas e de Entradas, notas fiscais de entradas e de saídas e CIAP), que possibilitaram a realização da fiscalização, o sujeito passivo do seu resultado e dos seus efeitos, se defendeu. O processo foi convertido em diligência, apresentou manifestações, e obteve esclarecimentos sobre as dúvidas suscitadas, consoante demonstrado acima. Ademais, as respostas a tais indagações estão contidas no bojo das provas colacionadas aos autos, e dos documentos juntados, dos quais o sujeito passivo recebeu cópias e se pronunciou, demonstrando amplo conhecimento dos fatos arrolados.

No que se refere ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas também, em nome do seu patrono Gustavo Almeida e Dias Souza, com escritório situado em Sorocaba - SP, na Av. Barão de Tatuí, nº 540, 3º andar, CEP 18030-000, Vergueiro, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, constato que foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de quatro irregularidades contra a legislação tributária que rege o ICMS, que passo a analisá-las.

Verifico que a Infração 01 se originou do desenvolvimento do roteiro específico de auditoria de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado. Vejo que o sujeito passivo não trouxe elementos que pudessem elidir tal exigência tributária, limitando-se a alegar que “não adquiriu qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal” e a argüir que a diferença de estoque ocorreria pelo fato de que fora incluída no levantamento a Nota Fiscal nº 84.845, emitida pela Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda, cuja mercadoria nela relacionada fora recusada e devolvida através da Nota Fiscal nº 85.014 emitida pela mencionada remetente da citada mercadoria. Entretanto este fato alegado não ficou provado nos autos, posto que, o levantamento quantitativo de estoque foi realizado em relação às mercadorias: “Caninha Pirassununga 51, 11, 12 UN,” “Caninha Villa Velha 0 61 , 24UN,” e “ Cachaça Riopedrense”, enquanto a mercadoria constante da referida nota fiscal refere-se a “Caninha 21, litro, 6/1”, que não foi objeto do levantamento fiscal.

Saliento que o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. Sendo que a apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer criterioso rigor na quantificação das mercadorias, (Art.1º e 3º da Portaria 445/98), e o autuante observou tal orientação.

No presente caso, o lançamento de ofício foi realizado por ter deixado o contribuinte de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Infração não elidida.

Versa a infração 02, que o contribuinte deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Examinando as peças do processo verifica-se que o sujeito passivo não escriturou no livro Registro de Entradas as Notas Fiscais de nºs 63.139, de 31/07/2006, e nº 84.845, de 18/11/2006, capturadas junto ao Sistema CFAMT, às fls. 57 e 58.

Quanto a alegação defensiva de que a Nota Fiscal nº 63.139 fora lançada, por equívoco, quando o correto seria o número 63.149, e que houve erro de digitação, não tem fundamento, posto que a seqüência numérica impressa por sistema de processamento de dados constante da citada nota fiscal, forma o número 63.139 e não o número 63.149 alegado como sendo o correto. O sujeito passivo não provou o registro da mencionada nota fiscal no livro Registro de Entradas, nem trouxe aos autos a prova do alegado erro de digitação.

Do mesmo modo não ficou provado que a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 84.845, de 18/11/2006, emitida pela Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda. (fl. 57), destinada ao sujeito passivo retornou ao estabelecimento do seu emitente. Saliento que “o transporte de mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal original, em cuja 1ª. via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: (recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer).” Não foi provada a adoção de tal providência pelo emitente da nota fiscal. A juntada aos autos das cópias autenticadas das segundas vias da Notas Fiscais nº 84.845 atinente à operação de saída e da de nº 85.014 de entrada emitida por Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda, e dos seus livros Registros de Saídas e de Entradas não é suficiente para provar o retorno da mercadoria. O contribuinte autuado não cumpriu as regras estabelecidas pelo art. 654 do RICMS/97, que trata do retorno de mercadorias não entregues ao destinatário. No caso em exame não ficou provado o retorno da mercadoria.

Não restou provado também de que houve a devolução da mercadoria. Não consta dos autos o registro da Nota Fiscal nº 84.845 no livro Registro de Entradas do sujeito passivo, bem como não

consta no livro Registro de Saídas o lançamento de nota fiscal de devolução emitida pelo contribuinte autuado, na condição de obrigado à emissão de tal nota fiscal, com destino à Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda., registrando o desfazimento da operação, consoante exigência dos art. 651 e 652 do RICMS/97. Portanto está correto o lançamento do crédito tributário resultante do cálculo do percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas.

No entanto, examinando as peças do processo, verifica-se que a autuante ao apurar a base de cálculo desta infração, considerou como sendo da nota fiscal nº 63.139 o valor de R\$19.314,00, quando o correto é o de R\$18.314,10. Assim, a soma do valor comercial de R\$18.314,10 desta nota fiscal com o de R\$39.192,00 da Nota Fiscal nº 84.845, que embasaram a autuação, totaliza a base de cálculo de R\$57.506,10, que aplicando sobre este montante o percentual de 10%, o lançamento de ofício ficou reduzido de R\$5.850,60, para R\$5.750,61. Infração parcialmente subsistente.

Quanto a Infração 03 o contribuinte deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. O sujeito passivo rechaçou a acusação alegando que não adquiriu qualquer mercadoria desacompanhada de nota fiscal. Argüiu também que a nota fiscal nº 701089 foi lançada regularmente; a Nota Fiscal nº 7121130, apresentou equívoco na escrituração porque houve erro na digitação; já a Nota Fiscal nº 729397, alegou que fora lançada equivocadamente na barreira fiscal, sendo registrada no CFAMT com o nº 729387; em relação às Notas Fiscais nº335891 e nº339807, aduziu que as mercadorias entraram fisicamente em seu estabelecimento, mas deixaram de constar no modelo 3 que alimenta o SINTEGRA. Alegou ainda que confrontando os seus livros Registro de Inventário, de Saídas e de Entradas não há qualquer valor a lançar. Verifica-se que apesar de tais alegações o contribuinte não acostou ao PAF qualquer prova cabal para sustentar a sua tese defensiva.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento da infração. Portanto está correto o lançamento do crédito tributário, decorrente de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.103,05, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, tendo em vista que o sujeito passivo deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. Infração não elidida.

Por fim, na infração 04 foi exigido o tributo atinente à utilização de crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, a partir da planilha CIAP. O contribuinte não se defendeu especificamente sobre esta acusação, apenas alegou que não houve levantamento pormenorizado dos créditos levantados, argüiu que demonstrará tal fato quando da realização de prova pericial. Argüiu ainda que o crédito tributário havia decaído. Saliento que este fato não ocorrerá, conforme já apreciado e demonstrado em sede de preliminar.

Analizando o demonstrativo, à fl. 79, o livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 80 a 84, as DMA às fls. 85 a 90, bem como a planilha às fls. 91 a 94, verifica-se que o contribuinte utilizou no mês de março de 2006 crédito fiscal de ICMS já utilizado em 2005 - nos meses de outubro, na quantia de R\$1.453,66, de novembro na importância de R\$4.283,46 e no mês de dezembro no valor de R\$7.921,29, totalizando o montante de R\$13.658,41, consubstanciado no Auto de Infração. Infração subsistente.

No que concerne à redução das multas, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não

impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA. Observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte.

No presente caso, considerando as ocorrências das infrações 01 e 04 imputadas neste processo, por exemplo, bem como a inexistência de demonstração através de provas cabais, da não ocorrência de dolo, fraude ou simulação e ausência de pagamento, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigações acessórias.

Quanto ao pedido de redução ou dispensa da multa, por descumprimento de obrigação principal, saliento que a penalidade indicada tem previsão legal, e esta instância administrativa não tem alçada para apreciar tal pedido, quando se refere à multa decorrente de obrigação principal, competência esta exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante os artigos 159 do RPAF/BA.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0001/11-5**, lavrado contra **SCHINCARIOL LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.001,17**, acrescido das multas de 70% sobre R\$12.342,76 e de 60% sobre R\$13.658,41, previstas nos incisos III, e VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$6.853,66**, previstas nos incisos IX e XI dos mencionados artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios conforme previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR