

A. I. Nº - 278987.0101/10-0
AUTUADO - CLAUDINO S/A LOJAS DE DEPARTAMENTOS
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0317-01/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado mediante realização de diligência, que o contribuinte emitiu e escriturou os documentos fiscais, em conformidade com as disposições do RICMS/BA. Infração insubstancial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO EFETUADO. Autuado elide a acusação fiscal ao comprovar a inexistência da divergência apontada neste item da autuação. Infração insubstancial. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Diligência realizada comprovou parcialmente as alegações defensivas. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 30.981,37, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho a outubro de 2005, agosto e outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.594,61, acrescido da multa de 70%. Consta se referir a falta de recolhimento de ICMS ocasionado pela escrituração a menos no livro RAICMS;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.632,77, acrescido da multa de 60%;
3. Omitiu saídas de mercadorias tributáveis face a divergência entre o acumulado no equipamento e o lançado no livro Registro de Saídas, nos meses de janeiro a agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.661,58, acrescido da multa de 70%. Consta que ocasionado pela diferença a menos nos registros 60R em relação ao registro 60;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, maio a outubro de 2005, janeiro a março, maio a dezembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 8.092,41, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 90 a 100, consignando que numa análise processual perfundatória descobre-se, desde logo, a precariedade da autuação fiscal, conforme considerações a serem abordadas a seguir.

Alega que por força do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o Processo Administrativo, assim como o Processo Forense, ficou jungido às regras determinadas pelo Código de Processo Civil, não exatamente no rigor formal, mas em termos de objetividade acusatória e instrução com provas concretas. O contexto processual não admite palavras ou expressões inúteis, dúbias, vazias ou ambíguas.

Registra que o direito dos entes políticos de exigirem tributo previsto no art. 145, caput, da Constituição Federal, não implica dizer que este direito possa ser exercido de forma abusiva ou arbitrária, em desacordo com as “*cercas de proteção*” que integram o Sistema Tributário Nacional para contenção do Estado e para a garantia da liberdade e dos direitos fundamentais do cidadão.

Aduz que dimana da Constituição Federal, na letra do art. 5º, inciso II, o preceito dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.

Afirma que aos agentes do Fisco, como aplicadores da lei, compete obrigatoriamente, tomar um fato em concreto que se ajuste a uma hipótese prevista em lei, permitindo o desencadeamento da subsunção, sem a qual jamais se poderá declarar ocorrido o fato gerador do imposto.

Tece considerações sobre o Estado Democrático de Direito que o Poder Público, dizendo que este se encontra jungido aos princípios da Legalidade, Moralidade, Razoabilidade e Proporcionalidade, para que se mantenha rigorosamente em sintonia com a ordem jurídica vigente, atuando nos legítimos limites da Lei (art. 37, CF e Lei nº 9.784/99).

Aduz que em questões tributárias, prescreve a Carta Constitucional, na letra do seu art. 146, III, que SOMENTE A LEI COMPLEMENTAR pode definir Fatos Geradores, Bases de Cálculo, Contribuintes, Obrigações, Lançamento, etc.

Afirma que o preceptivo constitucional retro afasta, desde logo, a pretensão da Administração Pública de engendrar fatos geradores, a partir de artifícios administrativos delineados em meras presunções fiscais, ao arrepio da norma balizadora da ordem jurídica do país.

Diz que nos preceitos consagrados pelo Código Tributário Nacional é de clareza meridiana a distinção entre Obrigação Acessória e Obrigação Principal, conforme conclusão que se pode extrair do seu art. 113 e parágrafos.

Salienta que o art. 114 do CTN determina que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Esta “situação definida em lei” deve ser buscada, obrigatoriamente, na Lei Complementar nº 87/96 que no mundo jurídico e na esfera do ICMS, tem a finalidade de preencher o espaço reservado pelo art. 146 da Magna Carta.

Consigna que é cogente verificar, no contexto processual, o teor da acusação alegando falta de registro de notas fiscais nos livros fiscais de entrada, fato que denota de plano, o descumprimento de uma obrigação acessória, sem qualquer possibilidade de confusão entre multa e imposto, como pretende o autuante.

Sustenta que se depreende a toda evidência, que o Fisco autua ao seu talante, transformando penalidade pecuniária em tributo, sob a presunção de que, em momentos distintos o contribuinte tenha se valido de notas fiscais não registradas para ocultar supervenientes fatos geradores do ICMS, sem qualquer prova de fato semelhante já consumado pelo acusado.

Ressalta que visando facilitar o exame da matéria, passa de forma articulada à defesa do mérito da presente autuação fiscal, alegando o que se segue.

Em caráter preliminar, requer com fulcro no art. 131, V, “b”, da Lei nº 7.629/1999 [Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99], a realização de diligência no sentido de que sejam sanadas as irregularidades fiscais cometidas pelo autuante, onde, equivocadamente, deixou de considerar em seus levantamentos Notas Fiscais devidamente registradas nos seus livros fiscais e, sobretudo, considerou para efeito de composição da base de cálculo do imposto supostamente devido, diversas notas fiscais destinadas a outros contribuintes, inclusive de outras Unidades da Federação, bem como produtos cuja tributação se deu exclusivamente pelo Regime de Substituição tributária, como ocorreu com as operações de vendas de CD, DVD e assemelhados.

Rechaça a infração 01, destacando o equívoco cometido pelo autuante quando da descrição do fato contido no Auto de Infração em comento, tendo em vista que, em verdade, de fato, o que ocorreu foi um equívoco não superado pela empresa nas informações feitas nos arquivos do SINTEGRA relativo ao período fiscalizado referentes aos produtos “Aparelhos Celulares”, onde, conforme constava na época no artigo 87, inciso XXIV, do Decreto nº 6.284/1997[RICMS/BA], as operações internas com aparelhos celulares ocorriam com redução de base de cálculo de 29,41% , de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 12%.

Diz que desta forma, efetivamente, consoante consta registrado nos livros de Registros de Saídas de Mercadorias, (DOC. 004), e exaustivamente demonstrado pela juntada aos autos das cópias dos Cupons Fiscais emitidos no período fiscalizado (DOC. 005), bem como nas “DMA” (DOC. 006) e nas MFD do ECF nº 001, correspondente ao período fiscalizado (DOC. 007), todas as operações fiscais correspondentes aos supracitados aparelhos celulares, se encontram regularmente tributadas nos livros fiscais com alíquotas iguais a 12%, conforme determina a legislação do ICMS.

Ressalta que em virtude de uma falha ocorrida no seu sistema de informática, especialmente nas informações prestadas ao Fisco através dos arquivos do SINTEGRA, acabou, equivocadamente, informando no “Registro 60” do SINTEGRA alíquota igual a “17%”, quando na verdade o correto seria de ”12%”, conforme consta consignado na escrituração fiscal que apresentou à Fiscalização.

Assevera que em razão do exposto, ao verificar o ocorrido já providenciou a retificação dos referidos registros do SINTEGRA, conforme consta no CD-R e documentação em anexo (DOC. 008).

Sustenta que considerando que cumpriu regularmente dentro do prazo previsto na legislação do ICMS do Estado da Bahia com o correto recolhimento do tributo ICMS devido em suas operações de saídas, sobretudo, as relacionadas a vendas de aparelhos celulares, não restou qualquer prejuízo ao Fisco, motivo pelo qual não existe justa causa para a exigência fiscal em testilha, devendo, pois, em consequência, depois de realizada a devida perícia fiscal para comprovação dos fatos, que requer, seja a presente autuação fiscal, neste particular, considerada totalmente improcedente.

No que tange à infração 02, consigna que compulsando os seus livros e registros fiscais, verifica-se legítima a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas correspondente às notas fiscais indicadas pelo autuante na rubrica retro, motivo pelo qual requer, desde logo, a repartição fiscal a emissão do competente documento de arrecadação – DAE, para o recolhimento do tributo devido.

Quanto à infração 03, esclarece que a diferença apontada pelo autuante em sua planilha anexa ao Auto de Infração se refere especificamente aos produtos da linha “CD e DVD e seus acessórios”, cuja tributação se deu através do regime de “Substituição Tributária”, ou seja, trata-se de mercadorias em que o “ICMS” já foi antecipadamente recolhido ao Fisco no momento da compra.

Diz que, desse modo, não assiste razão ao autuante quando, equivocadamente, exige indevidamente ICMS cuja operação de venda ocorreu sob o manto da substituição tributária, ou seja, trata-se de produtos referente ao Protocolo ICM 19/1985, no caso, Disco fonográfico, Fita Virgem ou gravada, e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionado no Anexo único do referido protocolo.

Afirma que diferentemente do que pretende o autuante, a exigência fiscal não encontra respaldo na legislação do ICMS do Estado da Bahia, carecendo de total fundamentação legal, posto que, tais produtos já foram alcançados pela tributação do ICMS no momento de suas aquisições, conforme demonstram os documentos que anexa, no caso: a) cópias dos cupons fiscais (DOC. 009); cópias dos livros fiscais (DOC. 010) e cópias das DMA do período fiscalizado (DOC. 011).

Assevera que considerando o quanto disposto no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, em seu art. 353 e seguintes, tem-se que a exigência fiscal é totalmente indevida, razão pela qual deve ser declarada totalmente insubstancial.

No tocante à infração 04, consigna que compulsando os autos, especialmente relacionados aos dados lançados na relação apresentada junto ao presente Auto de Infração, sem maior esforço se verifica que das notas fiscais relacionadas pelo autuante as Notas Fiscais nºs 4916 e 3042 se encontram devidamente registradas em seus livros fiscais, conforme se pode verificar pela juntada dos documentos em anexo (DOC. 012 e 013).

Frisa que na mesma razão verifica-se que das notas fiscais indicadas na relação apresentada pelo autuante anexada ao Auto de Infração, várias delas não reconhece, conforme questionará abaixo, ou seja, referem-se a mercadorias que não lhe foram destinadas, motivo pelo qual não constam em sua escrita fiscal. Acrescenta que se trata de compras efetuadas por outros contribuintes, especificamente por contribuintes localizados nas cidades de Pinheiro - MA, Bacabal - MA, Zé Doca - MA e São João dos Patos - MA, conforme se prova pela juntada de cópias das referidas notas fiscais (Docs. 014).

Requer a realização de diligência, a fim de que seja reavaliada a presente autuação, determinando-se a exclusão da base de cálculo do imposto supostamente devido de todos os valores correspondentes às Notas Fiscais nºs 4916, 3042, 106417, 108317, 108318, 109172, 109174, 108529, 108632, 109410.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, ressalvado o valor de R\$ 4.632,77, correspondente à infração 02, cujo valor reconhece como devido, o qual propõe o imediato pagamento mediante a emissão da correspondente guia de recolhimento pela repartição fazendária.

Consigna que caso não seja esse o entendimento, com base no conjunto probatório colacionado à defesa, requer seja determinada à exclusão da base de cálculo do imposto supostamente devido, dos valores indevidamente considerados pelo autuante, consoante delineado no bojo da impugnação, inclusive dos valores correspondente à infração 02, mediante juntada do correspondente comprovante de pagamento. Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitido, em especial juntadas de novos documentos, provas periciais e testemunhais, as quais requer.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 513), consignando que a exigência fiscal referente à infração 01 diz respeito à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória pela não escrituração de diversas notas fiscais, inclusive oriundas de outras unidades da Federação e não exigência de imposto conforme alegado pelo impugnante. Salienta que a retificação do SINTEGRA deve ser efetuada e enviada via sistema e não anexando ao processo.

Quanto à infração 02, registra que o autuado reconheceu o cometimento da irregularidade apontada.

No que tange à infração 03, rechaça o argumento defensivo afirmado que o motivo da autuação decorre de divergências encontradas no período fiscalizado, de totalização no sistema, onde os arquivos magnéticos apresentam diferenças nos acúmulos e/ou totalizadores diários e mensais dos ECFs.

Com relação à infração 04, esclarece que antes da lavratura do Auto de Infração entregou ao contribuinte uma relação de notas fiscais de entradas que não constavam de sua escrita fiscal, concedendo um prazo para sua apreciação, tendo o contribuinte reconhecido a falta de escrituração de tais notas fiscais, sendo que, na defesa apresentada cita as Notas Fiscais n.s 4916 e 3042 de sua própria emissão, que não foram objeto da autuação.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF(fls. 516/517), a fim de que Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: **Infração 01** - verificasse e informasse se, efetivamente, as operações de saídas realizadas pelo autuado foram regularmente tributadas com observância da redução da base de cálculo, prevista no art. 87, XXIV do RICMS/BA, tendo ocorrido apenas falha no sistema SINTEGRA, quando informou a alíquota de 17% quando o correto seria 12%, conforme alegado na peça de defesa; **Infração 03** - verificasse e informasse se, efetivamente, a exigência fiscal diz respeito apenas aos produtos da linha “CD e DVD e seus acessórios”, cuja tributação se deu através do regime de Substituição Tributária, portanto, com o ICMS antecipadamente recolhido, inexistindo imposto a recolher, conforme alegado pelo impugnante; **Infração 04** - verificasse nos livros fiscais próprios do contribuinte se às Notas Fiscais nºs 4916 e 3042, foram efetivamente escrituradas, conforme consta na cópia do livro Registro de Saídas acostada aos autos, excluindo-as do levantamento, se fosse o caso. Excluisse do levantamento levado a efeito pelo autuante as Notas Fiscais nºs 106417, 108317, 108318, 109172, 109174, 108529, 108632, 109410, por constarem como destinatários outros contribuintes e não o autuado, conforme se verifica nas cópias anexadas aos autos. Elaborasse novo demonstrativo, mantendo as demais notas fiscais arroladas na autuação.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência se pronunciou (fls. 523 a 526), esclarecendo quanto à infração 01 que efetuada diligência nos livros fiscais e arquivo magnético entregues pelo contribuinte em 24/04/2010, referente aos meses de junho a outubro de 2005, e em 10/02/2010 referente aos meses de agosto e outubro de 2006, constatou que o autuado emitiu os cupons fiscais com a redução da base de cálculo, prevista no art. 87, XXIV e XXV do RICMS/BA. Acrescentou que a escrituração fiscal foi efetuada de acordo com os documentos emitidos, sendo que os arquivos magnéticos foram transmitidos com erro, cuja retificação ocorreu em 24/04/2010. Quanto ao período de agosto a outubro de 2006, observa que a diligencia não aplica, pois a partir de 01/03/2006 a tributação da mercadoria passou a ocorrer sob o regime de substituição tributária.

No que concerne à infração 03, registra que os Valores dos Registros Tipo 60 – Mestre-60M (Identificador do equipamento) e dos Registros Tipo 60 – Analítico-60A (Identificador de cada Situação Tributária) são idênticos. Acrescenta que há uma divergência entre estes e os valores dos Registros Tipo 60 – Resumo Mensal-60R (Registro de mercadoria/produto ou serviço), que são menores.

Frisa que o contribuinte escriturou o livro de Registro de Saídas pelos valores do Registro 60-A, conforme demonstra.

Conclui que o contribuinte lançou nos livros fiscais de saídas entre os registros comparados na planilha as folhas 27, os de maior valor (Registros Tipo 60A), não havendo diferença a tributar. Observa que o contribuinte transmitiu os arquivos magnéticos com erro nos Registros Tipo 60R.

Quanto à infração 04 esclarece que o autuado registrou a Nota Fiscal n. 4916 no livro Registro de Entradas nº 054, fl. 022, conforme cópia acostada aos autos à fl. 482. Já a Nota Fiscal n. 3042 foi registrada no livro Registro de Saídas nº 56, fl. 044, conforme cópia acostada aos autos à fl. 495.

Conclui esclarecendo que retirou do levantamento as notas fiscais acima mencionadas, bem como as Notas Fiscais nºs 106417, 108317, 108318, 109172, 109174, 108529, 108632 e 109410, conforme planilha que anexa, tendo elaborado um novo demonstrativo referente aos meses em que ocorreram alterações.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência, o autuado se manifestou (fls. 532 a 536), consignando que, relativamente à infração 01, considerando as informações prestadas pelo diligenciador sobretudo, em relação ao fato de não haver diferença a tributar, tendo em vista que cumpriu corretamente a obrigação principal com o efetivo pagamento do imposto em relação ao

período de junho a outubro de 2005 e, não se aplicando a diligência em relação ao período de agosto e outubro de 2006, em razão das referidas mercadorias se encontrarem na época submetidas ao regime de substituição tributária, não há o que impugnar em relação ao referido item.

Quanto à infração 03, diz que sem questionamento a ser feito em relação ao resultado final da perícia[diligência], uma vez que o diligenciador agiu acertadamente ao proceder aos seus levantamentos quando da realização da referida diligência, sobretudo, concluindo que o contribuinte cumpriu corretamente sua obrigação tributária principal, não existindo diferença a tributar.

Com relação à infração 04, frisa que nesta rubrica, em que pese ter agido acertadamente o diligenciador ao excluir da base de cálculo do imposto supostamente devido dos valores constantes nas Notas Fiscais nºs 4916, 106417, 108317, 108318, 108529, 108632, 109172, 109174, 109410 e 3042, equivocou-se, entretanto, como já havia acontecido anteriormente ao lavrar o referido Auto de Infração, ao exigir o cumprimento de obrigação principal (ICMS) em razão de ter deixado de registrar em seus livros fiscais algumas notas fiscais emitidas por terceiros em seu favor, o que nos termos do Código Tributário Nacional denota o descumprimento de obrigação acessória e não de obrigação principal como pretende o autuante.

Ressalta que tal fato refere-se à matéria constante na impugnação apresentada na defesa, alertando ao julgador sobre os cuidados de que não se deve confundir obrigação tributária com obrigação acessória.

Afirma que por ser matéria de meridiana clareza, esperava-se que o Fisco baiano a teor do que dispõe a lei tributária brasileira procedesse de ofício à correção de seus procedimentos, declarando a total improcedência do Auto de Infração em relação à rubrica ora guerreada, posto a falta de registro induz descumprimento de obrigação acessória e não obrigação principal como pretende o autuante.

Aduz que pela análise dos documentos fiscais que ora requer juntada ao processo, se verificará que as mercadorias neles existentes referem-se exclusivamente a materiais adquiridos para uso e consumo próprio do estabelecimento, dos quais sequer teria direito ao crédito de ICMS pelas entradas, por força do que dispõe a Lei Comentaria 87/1996.

Observa que as referidas compras encontram-se todas escrituradas nos seus registros contábeis, deixando, pois, de serem registradas nos respectivos livros fiscais por equívocos não superados pelo departamento de escrituração fiscal.

Salienta que o fato gerador consoante dispõe o art. 114 do Código Tributário Nacional é a situação definida em lei como suficiente e necessária para sua ocorrência, o que não se coaduna com o caso em questão. Diz que o art. 113 do Código Tributário Nacional que a obrigação tributária é principal ou acessória, sendo que, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Já a obrigação acessória, por sua vez, decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Diz que desse modo, levando-se em consideração o que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional, a atividade do agente público é vinculada e deve ser realizada nos estritos limites da lei, não sendo lícito que ao seu talante seja transformado obrigação tributária acessória em principal, com o fito único de exigir tributo indevido.

Assevera que não deixou de registrar as referidas notas fiscais em seus livros fiscais para se beneficiar de operações futuras, tendo em vista, principalmente, que pela atividade que desenvolve e ao tipo de mercadoria constantes nas referidas notas fiscais, é indubioso que as referidas mercadorias foram adquiridas para uso e consumo próprio da empresa.

Aduz que nessa senda, tendo como pressuposto básico os princípios da ampla defesa e do contraditório, requer o recebimento dos documentos em anexo e, com esteio nos princípios da ACÓ JJF Nº 0317-01/11*

Verdade Material e Legalidade Objetiva, de fundamental importância para a Administração Pública, julgue procedente os argumentos apresentados pela defesa e, com supedâneo no princípio da segurança jurídica, determine a total improcedência do Auto de Infração, em relação à matéria ventilada nesta infração, em especial por se tratar de matéria eminentemente de direito.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração em relação às infrações 01, 03 e 04, por se tratar de matéria exclusivamente de direito. Já em relação à infração 02, diz que já assumiu o ônus da sucumbência, requerendo antecipadamente, inclusive, a expedição do respectivo documento fiscal, a fim de que proceda ao pagamento do imposto devido, juntamente com os acréscimos legais a ele inerentes.

Consta à fl. 530, ciência do autuante sobre o resultado da diligência.

O Auditor Fiscal que cumpriu a diligência se pronunciou às fls. 623/624, consignando que o autuado acatou o resultado da diligência referente às infrações 01 e 03 e impugnou a infração 04.

Salienta que o impugnante mais uma vez traz argumentações dizendo que não se deve confundir obrigação tributária com obrigação acessória, afirmado que se trata de mercadorias adquiridas para uso e consumo da própria empresa. Acrescenta que o autuado segue requerendo a improcedência da infração por estarem as operações devidamente escrituradas nos Registro Contábeis, e não foram lançadas nos livros fiscais por equívocos não superados pelo departamento de escrituração fiscal.

No que tange aos argumentos defensivos diz que o RICMS/BA, no seu art. 322, cujo teor reproduz, é claro ao exigir que todas as entradas de mercadorias ou bens para comercialização ou uso do estabelecimento devem ser lançadas no livro de Registro de Entradas.

Diz que diante da argumentação exposta na infração impugnada, mantém este item da autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, dentre as quais o sujeito passivo reconheceu e efetuou o pagamento do débito referente à infração 02.

No que tange às infrações impugnadas, cabe observar que esta 1ª JJF atendendo ao pedido do autuado para realização de diligência, bem como na busca da verdade material, converteu o processo em diligência, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito revisasse o lançamento.

Cumpre observar que, apesar de o impugnante ter requerido na peça de defesa a realização de perícia, certamente, no caso em exame, não se trata de perícia, haja vista que a perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Ou seja, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador, não sendo o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que os julgadores têm pleno conhecimento técnico sobre as matérias tratadas na autuação. Indefiro, 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.

O resultado da diligência apresentado pelo Auditor Fiscal diligenciador, conforme o parecer de fls. 523 a 526, esclareceu quanto à infração 01, que após verificação nos livros fiscais e arquivo magnético entregue pelo contribuinte em 24/04/2010, referente aos meses de junho a outubro de 2005, e em 10/02/2010 referente aos meses de agosto e outubro de 2006, constatou que o autuado emitiu os cupons fiscais com a redução da base de cálculo, prevista no art. 87, incisos XXIV e XXV do RICMS/BA. Esclareceu, ainda, que a escrituração fiscal foi efetuada de acordo com os documentos emitidos, sendo que, os arquivos magnéticos foram transmitidos com erro, cuja retificação ocorreu em 24/04/2010. Quanto ao período de agosto a outubro de 2006, consignou que não se aplica, pois a partir de 01/03/2006 a tributação da mercadoria passou a ocorrer sob o regime de substituição tributária.

Noto que o autuado ao se manifestar sobre o resultado da diligência, salientou que considerando as informações prestadas pelo diligente, sobretudo, em relação ao fato de não haver diferença a tributar, tendo em vista que o contribuinte cumpriu corretamente a obrigação principal com o efetivo pagamento do imposto em relação ao período de junho a outubro de 2005 e, não se aplicando a diligência em relação ao período de agosto e outubro de 2006, em razão das referidas mercadorias se encontrarem na época submetidas ao regime de substituição tributária, não há o que impugnar em relação ao referido item.

Do exame do resultado trazido pelo diligenciador, bem como dos elementos acostados aos autos, constato que o resultado apresentado, na forma acima esposada, não merece qualquer reparo, razão pela qual considero insubsistente a infração 01.

No respeitante à infração 03, verifico que o resultado apresentado pelo diligenciador aponta que os “Valores dos Registros Tipo 60 – Mestre-60M - Identificador do equipamento - e dos “Registros Tipo 60 – Analítico-60A - Identificador de cada Situação Tributária -, são idênticos, existindo uma divergência entre estes e os valores dos “Registros Tipo 60 – Resumo Mensal-60R-Registro de mercadoria/produto ou serviço”-, que são menores, sendo que, o contribuinte escriturou o livro Registro de Saídas pelos valores do “Registro 60-A”, conforme demonstra.

Conclusivamente, esclareceu o diligente que o contribuinte lançou nos livros fiscais de saídas entre os registros comparados na planilha de fl. 27, os de maior valor - Registros Tipo 60^a -, não havendo diferença a tributar, salientando, ainda, que o contribuinte transmitiu os arquivos magnéticos com erro nos “Registros Tipo 60R”.

Observo que o autuado se manifestou sobre o resultado da diligência atinente a esta infração, consignando que o diligente sem agiu acertadamente ao proceder ao exame quando da realização da referida diligência, sobretudo, concluindo que o contribuinte cumpriu corretamente sua obrigação tributária principal, não existindo diferença a tributar.

Verifico que também nesta infração, não merece qualquer reparo o resultado apresentado pelo diligente, haja vista que restou comprovada a inexistência da irregularidade apontada na autuação.

Desta forma, considero insubsistente a infração 03.

No que concerne à infração 04 - que também foi objeto de diligência -, verifico que o diligenciador salientou que o autuado registrou a Nota Fiscal nº 4916 no livro Registro de Entradas nº 054, fl. 022, conforme cópia acostada aos autos à fl. 482, e a Nota Fiscal nº 3042, no livro Registro de Saídas nº 56, fl. 044, conforme cópia acostada aos autos à fl. 495.

Esclareceu ainda que excluiu do levantamento as notas fiscais acima mencionadas, bem como as Notas Fiscais nºs 106417, 108317, 108318, 109172, 109174, 108529, 108632 e 109410, conforme planilha em anexo, tendo elaborado um novo demonstrativo dos meses em que ocorreram alterações.

Noto que o autuado ao se manifestar sobre o resultado da diligência, na forma acima aduzida, afirma que em que pese ter agido acertadamente o diligente ao excluir da base de cálculo do imposto supostamente devido os valores das Notas Fiscais nºs 4916; 106417; 108317; 108318; 108529; 108632; 109172; 109174; 109410 e 3042, incorreu em equivoco, conforme houvera acontecido na lavratura do Auto de Infração, ao exigir o cumprimento de obrigação principal (ICMS) em razão de ter deixado de registrar em seus livros fiscais algumas notas fiscais emitidas por terceiros em seu favor, o que nos termos do Código Tributário Nacional denota o descumprimento de obrigação acessória e não de obrigação principal como pretende a autuação.

Afirma que pela análise dos documentos fiscais que juntou ao processo, se verificará que as mercadorias neles existentes referem-se exclusivamente a produtos adquiridos para uso e consumo próprio do contribuinte, dos quais sequer teria o contribuinte, por força do que dispõe a Lei Comentaria 87/1996, direito ao crédito de ICMS pelas entradas.

Frisa que as referidas compras encontram-se todas escrituradas nos registros contábeis do contribuinte, deixando, pois, de serem registradas nos respectivos livros fiscais por equívocos não superados pelo departamento de Escrituração Fiscal.

Diz que desse modo, levando-se em consideração o que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional, a atividade do agente público é vinculada e deve ser realizada nos estritos limites da lei, não sendo lícito que ao seu talante, seja transformada obrigação tributária acessória em principal, com o fito único de exigir tributo indevido.

Salienta que não deixou de registrar as referidas notas fiscais das notas em seus livros fiscais para se beneficiar de operações futuras, tendo em vista, principalmente, que pela atividade que desenvolve e ao tipo de mercadoria constantes nas referidas notas fiscais, é induvidoso que as referidas mercadorias foram adquiridas para uso e consumo próprio da empresa.

Nota que o diligente contestou a argumentação do autuado, salientando o art. 322 do RICMS/BA, é claro ao exigir que todas as entradas de mercadorias ou bens para comercialização ou uso do estabelecimento sejam lançadas no livro de Registro de Entradas.

De início, cabe-me observar que esta infração diz respeito à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, no caso, entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias.

Portanto, não há que se falar em exigência de imposto por descumprimento de obrigação principal, haja vista que este não é o objeto deste item da autuação.

Constatou que o resultado da diligência não merece reparo, haja vista que, conforme muito bem observado pelo diligenciador, o artigo 322 do RICMS/BA, determina que todas as entradas de mercadorias ou bens para comercialização ou uso do estabelecimento devem ser escrituradas no livro Registro de Entradas.

Assim sendo, considero esta infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 3422,60.

Diante do exposto, as infrações 01 e 03 são insubstinentes, a infração 02 subsistente e a infração 04, parcialmente subsistente, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 278987.0101/10-0, lavrado contra **CLAUDINO S/A LOJAS DE DEPARTAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.632,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.422,60**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA