

PROCESSO - A. I. Nº 2994300016/10-3
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0198-03/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0415-11/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Rejeitada a preliminar de decadência e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Por intermédio de Recurso Voluntário o contribuinte insurge-se contra o acórdão supra referido que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/03/2011 para exigir o ICMS no valor de R\$ 57.418,48, por imputar o cometimento da infração seguinte: *“falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Foi refeita a conta corrente fiscal do contribuinte, mediante a inclusão dos valores relativos às notas de vendas, sem a correspondente emissão de notas fiscais, apurando-se o imposto devido no período de janeiro a dezembro de 2006”*.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” texto a seguir transcrito:

Em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008, no Boletim INFIP de 21/08/2009 e respaldados pelo Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, todos anexados a este Auto de Infração, a SEFAZ, em operação conjunta com a SSP-BA, apreendeu no estabelecimento do contribuinte notas fiscais de entradas e saídas do período de janeiro/2005 a junho/2009, fechamento de caixa (juntamente com as Notas de Vendas (VNs)) de janeiro de 2008 a julho de 2009, VNs do período de 2005 a junho de 2009 e boletos bancários do ano de 2008 e janeiro a junho de 2009. Atendendo intimação anterior, a empresa nos forneceu seus livros de entradas e saídas de 2005 a 2009.

Os livros a seguir não foram apresentados pelo contribuinte, mesmo tendo sido intimado anteriormente:

*“Livro Razão e Diário
“Livro Registro de Inventário.*

Além disso, a INFIP apreendeu arquivos magnéticos em computadores do contribuinte, entre eles os seguintes, em access:

“TabMovihistorico”, TabVenda”, “Tabcaixa”, “Tabestoque” e “TabVendasDetalhada”. Estes arquivos magnéticos foram autenticados pela autoridade competente, conforme cópia que anexamos a este Auto de Infração. Através dos dois primeiros, foi possível verificar que o contribuinte não emitiu inúmeras notas fiscais de vendas realizadas através de Notas de Vendas (VNs). Somente no exercício de 2006, este montante chegou a R\$ 458.731,90.

Intimado, na pessoa do seu proprietário. Sr. Ailton Araújo dos Santos, fomos verbalmente informados que tais notas não foram localizadas em seus arquivos uma vez que haviam sido apreendidas na operação da SEFAZ. Foi solicitado pelo contribuinte acesso a estas notas fiscais, o que foi concedido pela INFAZ Atacado. Para tanto, o contribuinte apresentou um preposto seu (cópia às fls. 33), o qual teve acesso a toda a documentação apreendida, localizada nas dependências da INFAZ Atacado. Não obtivemos qualquer retorno depois dessa análise.

Baseado nestas informações, foi refeita a conta corrente do contribuinte incluindo as notas de vendas cujas respectivas notas fiscais de saídas não foram encontradas, apurando-se imposto a pagar maior que o declarado.

Além desta infração, foi apurado recolhimento a menor da Substituição Tributária no exercício de 2006, nos termos do RICMS.

Em Primeira Instância a lide foi decidida nestes termos :

“Inicialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2006, entendendo o defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre 31 de janeiro e 29 de março de 2006, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º, do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

§ 4º *Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. *Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º *Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 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.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2011, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Em relação ao argumento dos autuantes de que a Procuração à fl. 337 encontra-se em nome de outro estabelecimento do contribuinte, entendo que tal irregularidade processual está sanada pelo substabelecimento à fl. 340, que indica o número do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência e, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, constando na descrição do fato que foi refeita a conta corrente fiscal do contribuinte, mediante a inclusão dos valores relativos às notas de vendas, sem a correspondente emissão de notas fiscais, apurando-se o imposto devido, no período de janeiro a dezembro de 2006.

Em sua impugnação, o defendente alegou que houve desenquadramento do regime do SimBahia sem respeitar as regras contidas nos dispositivos legais relacionados ao mencionado regime e que o tributo exigido

corresponde a fatos ocorridos antes do referido desenquadramento, desobedecendo a regra contida no RICMS quanto à impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos.

Os autuantes esclareceram e está comprovado nos autos que de acordo com as fls. 06/08 do presente processo (Dados Cadastrais e Histórico de Condição), o autuado iniciou suas atividades no ano de 1997, como microempresa, passando para EPP em abril/2002, condição que permaneceu até 31/12/2005. Nestes períodos, por força da legislação vigente, recolhia o ICMS de acordo com os critérios estabelecidos pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). A partir de 01/01/2006, ainda conforme fl. 8, houve sua opção para recolher o ICMS na condição de Normal, fato que automaticamente o excluiu do SimBahia. Salientam que tais mudanças foram de iniciativa própria do contribuinte, logo, sem imposição da Sefaz. Esclarecem que o imposto exigido no presente lançamento tomou como base inicial a própria conta corrente do autuado, registrada em seus livros fiscais, consoante demonstrado na fl. 33 do PAF, referente ao período de janeiro a dezembro de 2006, constando os dados relativos aos nomes do cliente e do vendedor, a data e o valor de cada operação.

Portanto, não se trata de desenquadramento do regime SIMBAHIA ou cobrança de imposto com aplicação de critérios de apuração pelo regime normal em decorrência de infrações de natureza grave, de contribuinte do SIMBAHIA, como entendeu o defendente.

Na descrição dos fatos, também foi informado que foram apreendidos no estabelecimento autuado os seguintes documentos: notas fiscais de entradas e de saídas, fechamento de caixa, juntamente com Notas de Vendas (VNs) e arquivos magnéticos em computadores do contribuinte. Através dos mencionados arquivos foi possível verificar que o contribuinte não emitiu documentos fiscais correspondentes às vendas realizadas através de Notas de Vendas (VNs), tendo sido refeita a conta corrente do contribuinte incluindo as notas de vendas sem a emissão das respectivas Notas Fiscais de Saída, apurando-se o imposto devido.

Observo que estes fatos não foram questionados pelo autuado nas razões de defesa, e os dados numéricos do levantamento fiscal à fl. 33 dos autos também não foram contestados, haja vista que na impugnação apresentada, o autuado alega que a referida investigação deduziu que, supostamente, o verdadeiro proprietário da empresa em tela e de outras é o Sr. Ailton Araújo dos Santos e, por isso, procedeu à exclusão do contribuinte do regime do SIMBAHIA, e que nesse contexto, estaria deixando de preencher os requisitos necessários para permanecer como microempresa, posto que unidas ultrapassam o limite para a adesão ao regime simplificado. Afirma que tal conclusão não condiz com a realidade dos fatos.

O autuado apresentou o entendimento de que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa. Com isso, o autuante, através do levantamento entre as NF de venda e a contabilidade empresarial, que poderia ser advinda do extrato bancário, comprovaria as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que não é ilegal emitir notas de vendas, mas deve ser comprovada a emissão dos correspondentes documentos fiscais pelas operações realizadas. No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado, conforme demonstrativo às fls. 58 a 228 do PAF, relativamente às Notas de Vendas sem as correspondentes Notas Fiscais de Saídas, fato não contestado pelo defendente. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como alegou o defendente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido”

Resistindo aos termos da Decisão de primeiro grau, o contribuinte recorre fundamentando sua súplica, primeiramente, de se tratar de uma pequena empresa que possui atividade econômica de comércio atacadistas de peças de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos. Transcreve as imputações do Auto de Infração. Argui como preliminar de nulidade a decadência do direito de lançar de parte do suposto crédito, e que é improcedente a autuação, por se tratar o ICMS de tributo sujeito a lançamento por homologação cuja disciplina está prevista no art. 150, § 4º, do CTN que reproduziu. Diz que o prazo decadencial começou a fluir com a ocorrência do fato gerador e que apesar da clareza dessa disposição legal, o RICMS-BA, no art. 90, que reproduziu, legislou de forma diversa, tendo também transcrito o art. 146, da CF. Adiante transcreve a súmula vinculante nº 8, do STF, como também, decisões do STJ nesse sentido. Conclui que os fatos geradores anteriores a 29/03/06 encontram-se tragados pelo fenômeno da decadência.

Adentra no mérito para invocar que a base de cálculo utilizada para calcular o imposto sob o regime normal foi extraída das informações contidas nos computadores do autuado, apreendidos pela fiscalização, e que houve o confronto entre o cupom do ECF (fluxo de caixa compras pagas

com vendas efetivas) e essas informações, as quais, destacou, não correspondem ao real fluxo de vendas por si realizadas, pois o dito computador era apenas um banco de dados para notas fiscais de venda, sendo inadequado para o seu levantamento de vendas. Alega que nesse maquinário existia também orçamentos realizados por vendedores, a pedido de clientes, se tratando de documentos internos, os quais o fisco não poderia considerar por não se relacionar com as notas fiscais de venda.

Argumenta que, se acaso o auditor tivesse feito o levantamento entre as notas fiscais de venda com sua contabilidade, incluindo o extrato bancário, seriam comprovadas as saídas para arbitrar a base de cálculo correspondente à circulação de mercadoria e assim afirma que por não haver essa correlação, que o critério utilizado é inseguro e incerto, baseado em dados hipotéticos. Cita doutrina de Roque Carraza e de Geraldo Ataliba, como também de Paulo de Barros Carvalho sobre a função e critérios legais para formação da base de cálculo, afirmando ser ilegal a exação quanto à infração 1 baseada em lucro ilusório.

Ao final, requer seja provido o seu apelo, com acolhimento da preliminar e, no mérito, que seja anulada a autuação. Requer, ainda, a realização de diligência e perícia por fiscal estranho ao feito.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 387/390, em síntese, aclarando que o Recorrente suscitou a decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores de 2006, e que tal alegação é desprovida de lógica por desconsiderar a inteligência do art. 150, § 4º, do CTN e sua iteração com o art. 173, I, do mesmo “codex”.

Pontua, em suma, que o prazo decadencial se aplica ao lançamento de ofício que deve ser efetuado pela autoridade à vista da omissão ou do pagamento a menos feito pelo sujeito passivo, sendo necessário haver o pagamento antecipado para caracterizar o lançamento por homologação, o qual, portanto, em não havendo, nada há a ser homologado, como se infere do *caput* do art. 150 do CTN.

Cita doutrina de Luciano Amaro nesse sentido, como também julgado do STJ para afirmar que, a falta de pagamento do ICMS ou o pagamento a menor desloca o linde decadencial para as balizas do art. 173, I, do CTN e não do art. 150, § 4º do CTN.

Acerca do mérito, observa que a infração foi lavrada com base em documentos fiscais apreendidos por força de ordem judicial expedida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Salvador-BA, do que foi verificada a ocorrência de operações de venda de mercadorias sem emissão de notas fiscais, tendo sido refeita a conta-corrente, incluindo as notas fiscais de venda que não foram emitidas, e que, depreende-se que, mesmo em sede recursal, não houve impugnação específica e pontual pelo atuado, a evidenciar o acerto da ação fiscal e que os fundamentos alegados são incapazes para obter a reforma do julgado de primeira instância. Opina, pois, pelo conhecimento e Não Provitimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De início, não acato a decadência arguida também em sede recursal, pois, considerando que não houve pagamento do ICMS e nem o foi a menor, é inaplicável ao caso presente a regra do art. 173, I, do CTN, mas sim a do art. 150, § 4º do CTN, eis que, sabidamente, é preciso haver esse pagamento ou que o seja a menor para configurar o lançamento por homologação à luz do disposto no *caput* do dito art. 150 do CTN, sendo diversa a situação dos autos como acentuado corretamente pela Procuradoria.

No mérito, como também destacou a PGE/PROFIS, em verdade, a impugnação do sujeito passivo é meramente genérica e nada pontual, não tendo contestado especificamente os demonstrativos analíticos detalhadamente elaborados pelo preposto fiscal com arrimo em vasta documentação do próprio atuado que, por seu turno, não apresentou qualquer contra-prova, se limitando a alegar que a base de cálculo foi extraída de forma insegura e incerta, e com base em “pseudos

orçamentos” e em lucro ilusório, o que considero como alegação desprovida de qualquer consistência.

Com efeito, observa-se da planilha de fl. 33 que resta evidenciado que o Fisco procedeu ao refazimento da conta corrente fiscal na qual constam as *notas de vendas* (VNs) sobre as quais o sujeito passivo não emitiu as notas fiscais, tudo demonstrado em vasta prova de fls. 36 a 313 dos autos, e como mencionou a JJF, nessa planilha consta inclusive o número da “VN”, o destinatário, a data, o vendedor e o valor total da operação, cuja relação está consubstanciada através dos documentos (VN), por amostragem nos quais consignam: código e descrição do produto, quantidade, preço, cliente com seus dados cadastrais. Há, também, a prova da assinatura desses clientes atestando que receberam a mercadoria, o que, por certo, não pode ser contestado sob o pífio argumento de que a base de cálculo se lastreou em “pseudo orçamento”, como pretendeu, em vão, o autuado, porque esta não é a verdade que dos autos seguramente se extrai. Imputação fiscal mantida.

Logo, sem razão alguma o pedido contido no Recurso Voluntário para realização de diligência quando resta fartamente comprovada a exigência fiscal, como visto, ao que nada efetivamente foi contestado de modo específico, sem ter sido trazido aos autos, como vale acentuar, qualquer outro documento que ensejasse uma diligência por fiscal estranho ao feito.

Destaco, por oportuno, que o autuante fez minucioso roteiro de fiscalização, cujo resultado está pormenorizada e consistentemente espelhado nas referidas planilhas, repito, não impugnadas especificamente pelo Recorrente. O mesmo devo dizer quanto ao aleatório e postergatório pedido de perícia, uma vez que a matéria sob foco independe, para sua elucidação e julgamento, de conhecimento técnico especial. Desacolho ambos os pedidos.

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0016/10-3**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.418,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS