

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0015/10-7
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 5ª JJF nº 0225-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0421-11/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Refeito a conta-corrente fiscal. Comprovada a exigência, após consideração dos valores não oferecidos à tributação. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegações de defesa imprestáveis para elidir a acusação fiscal, a qual se fundamenta em provas documentais. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. 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 28/03/2011 para exigir o ICMS no valor de R\$72.880,93, por imputar o cometimento das infrações abaixo relacionadas, consoante os documentos integrantes da autuação de fls. 8 a 342.

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS, no montante de R\$ 69.705,87, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo refeita a conta-corrente do contribuinte, mediante inclusão das notas de vendas, cujas notas fiscais não foram emitidas, inerentes aos meses de janeiro a março e junho a dezembro de 2006;

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 3.175,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89, inerentes aos meses de fevereiro, abril, setembro e 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:

“O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, com o débito exigido no montante de R\$ 72.880,93, consoante documentos apensos aos autos.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo defendente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte. No caso presente, as descrições dos fatos infracionais estão devidamente claras, precisas e inteligíveis, encontrando-se fundamentadas em demonstrativos e documentos embaixadores às acusações fiscais, inexistindo qualquer cerceamento ao pleno exercício do direito de defesa, o qual foi processado pelo contribuinte, sendo descabidas as suas alegações relativas à exclusão do regime do SimBahia, sem que tenha dado eficácia ao contraditório e ampla defesa, como também sobre o princípio da não-cumulatividade, uma vez que as microempresas não fazem jus à apropriação de créditos, visto que o contribuinte no exercício em que incidiu a ação fiscal (2006) se encontrava sob a condição do regime normal de apuração do ICMS, consoante prova o “Histórico da Condição”, à fl. 10 dos autos, como também prova o livro Registro de Apuração do ICMS, às fls 289 a 314 dos autos.

Também deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre 1º de janeiro a 29 de março de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 28.03.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do citado período do exercício de 2006.

Igualmente descabe o pedido do autuado de realização de diligência para que fossem apurados os valores relativos aos créditos do ICMS, pois os créditos ora exigidos tomaram como base a própria conta corrente fiscal do contribuinte registrada em seus livros fiscais, conforme demonstrado à fl. 35 do PAF.

No mérito, melhor sorte não coube ao impugnante, pois são impertinentes suas alegações de que as informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização são impróprias para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado, pois tais informações não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte.

E são impertinentes tais alegações defensivas porque, da análise da planilha de fl. 35, se verifica que os autuantes para a apuração do imposto exigido, a partir da conta corrente fiscal do autuado, acrescentaram as notas de vendas (VNs), sem emissão das correspondentes notas fiscais, conforme relação às fls. 59 a 149 dos autos, na qual consigna 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 às fls. 150 a 185, nos quais consignam: código e descrição do produto, quantidade, preço, cliente com seus dados cadastrais e assinatura atestando o recebimento das mercadorias, numa prova inequívoca da realização das operações nelas consignadas, o que depõe contra alegação do autuado de que neste maquinário, também, existia orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não vinha a se concretizar.

Assim, diante de tais provas contundentes, subsiste integralmente a primeira infração.

Inerente à segunda infração, a exação fiscal refere-se ao recolhimento a menos da antecipação tributária de peças para motocicletas, conforme previsto no 353, II, item 30, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97,

consoante planilha e documentos às fl. 315/342 dos autos, cuja alegação defensiva acerca da antecipação parcial não condiz com os fatos apurados. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Resistindo aos termos da Decisão de primeiro grau, o contribuinte recorreu destinando sua súplica a esta CJF, primeiramente, para mencionar se tratar de uma pequena empresa que possui atividade econômica de comércio atacadistas de peças de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos. Transcreveu as imputações do Auto de Infração.

Argui como preliminar de nulidade a decadência do direito de lançar de parte do suposto crédito, sendo 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, logo, o prazo decadencial disse ter começado a fluir com a ocorrência do fato gerador e que apesar da clareza dessa disposição legal, que o RICMS-BA, no art. 90, que reproduziu, legislou de forma diversa, tendo também transcrito o art. 146, da CF. Adiante transcreveu 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 seus computadores, apreendidos pela fiscalização, e que houve o confronto entre o cupom do ECF (fluxo de caixa compras pagas com vendas efetivas) com 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 real circulação de mercadoria. Alega que essa correlação não foi feita, sendo o critério utilizado inseguro 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 um lucro ilusório.

Afirma que a infração 2, de igual modo, não pode prosperar, pois as notas fiscais foram utilizadas pelo autuante como base de cálculo para apuração do ICMS supostamente devido em virtude de antecipação parcial, incluindo mercadorias não sujeitas a esse regime, como as peças de bicicletas, conforme o que prescreve o art. 353, II, item 30, pois como se verifica, o preposto fiscal incluiu as notas fiscais respectivas, como as Notas Fiscais nºs 6523 e 12176, apesar de não poderem integrar a base de cálculo em face da substituição tributária por antecipação.

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. 431/434, em síntese, pontuando as duas situações que se configura o lançamento por homologação, concluindo que o prazo decadencial se aplica ao lançamento de ofício 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 e que, 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 verificado a ocorrência de operações de vendas 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 autuado, a evidenciar o acerto da ação fiscal e que os fundamentos alegados são incapazes para obter a reforma do julgado de Primeira Instância. Opina pelo conhecimento e Não Provimento 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, isto porque, como é sabido, é preciso haver esse pagamento ou que o seja a menor para configurar o lançamento por homologação à luz do disposto no *caput* do art. 150 do CTN, daí ser inaplicável ao caso presente, como pretende o Recorrente, a regra do d art. 173, I, do CTN, mas sim a do art. 150, § 4º do CTN, sendo certo que a jurisprudência transcrita pelo Recorrente às fls. 411/412, é, inclusive, neste mesmo sentido, sem socorrer sua pretensão. Veja-se: “(...) *No inteiro teor. Outrossim, sujeita-se a prazo decadencial a atividade administrativa de revisão (controle de legalidade): a) do lançamento de ofício efetuado; b) do ato administrativo de homologação expressa do pagamento antecipado; e c) do ato produzido pelo particular a fim de quantificar o valor a ser pago o valor a ser pago antecipadamente (...)*”.

No mérito, como bem destacado pela 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 autuado 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 num lucro ilusório. Alegação esta que considero de todo inconsistente, como devo salientar !

Com efeito, a planilha de fl. 35 evidencia 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. 59 a 149 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 às fls. 150 a 185, nos quais consignam: código e descrição do produto, quantidade, preço, cliente com seus dados cadastrais, havendo, também, a prova da assinatura desses clientes atestando que receberam a mercadoria, o que não pode ser contestado sob o pífio argumento de que a base de cálculo se lastreou em “pseudo orçamento”, porque esta não é a verdade que dos autos seguramente se extrai. Imputação fiscal mantida.

Logo, dentro deste contexto, ressalto ainda que, sem razão alguma o sujeito passivo que veio em sede de recurso requerer a realização de diligência quando resta fartamente comprovada a imputação fiscal ,como visto, ao que nada efetivamente contestou de modo específico, sem trazer aos autos, como vale acentuar, qualquer outro documento que ensejasse essa diligência por fiscal estranho ao feito, tendo o autuante feito minucioso roteiro de fiscalização cujo resultado está pormenoriza 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.

No mais, quanto à infração 2, como exposto pela JJF, de igual forma a planilha e documentos de fls. 315/342 comprovam que a antecipação parcial alegada pelo autuado não pode ser acolhida, devendo, pois, incidir a regra do art. 353, II, item 30 do RICMS sobre as peças ali constantes. Nada

a reformar na Decisão recorrida. Mantida a exação fiscal.

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 **299430.0015/10-7**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.880,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.175,06 e 70% sobre R\$69.705,87, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS