

aA. I. N° - 087015.0026/08-2
AUTUADO - EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A
AUTUANTE - COSME ALVES SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 12.06.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0097-02/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** DESTINADAS AO CONSUMO. **a.1)** NOTAS FISCAIS LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS DO CONTRIBUINTE. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. **a.2)** NOTAS FISCAIS DETECTADAS ATRAVÉS DO SINTEGRA. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. **b)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. NOTAS FISCAIS DETECTADAS ATRAVÉS DO SINTEGRA. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a arguição de decadência. Rejeitadas os pedidos de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2009, para constituir o crédito tributário no valor de R\$88.493,96, em razão de:

Infração 01 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$13.267,36, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referentes às notas fiscais lançadas nos livros próprios do contribuinte, no caso, livro Registro de Entradas de Mercadorias – LREM.

Infração 02 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$2.891,39, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Refere-se a operações, mercadorias adquiridas em outros estados, não escrituradas no LREM – omissas, detectadas através do SINTEGRA.

Infração 03 – 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$62.411,34, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Refere-se a mercadoria destinada ao ativo da empresa, notas fiscais não lançadas no LREM, cujas operações foram detectadas através do SINTEGRA.

Infração 04 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Referem-se a notas fiscais captadas através do SINTEGRA, cujas notas não foram lançadas no LREM da empresa, multa no valor de R\$9.923,87.

O autuado às folhas 363 a 388, mediante advogado habilitado nos autos, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, argüindo decadência parcial relativamente aos fatos geradores anteriores a 29.12.2004, em razão do quanto disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, o qual transcreveu, citando doutrina de outros tribunais.

Em relação a infração 01, esclarece que, para facilitar a análise da impugnação pelos julgadores, optou por segregar os argumentos defensivos, indicando, especificamente, as notas fiscais relativas a cada período, seguindo a lógica utilizada pelo próprio auditor nas planilhas que acompanham a autuação, como passou a demonstrar:

1- Ocorrência de decadência parcial (ano de 2004: NF's 12027, 52 e 53), por se tratarem de fatos geradores ocorridos antes de 29.12.2004;

2 - Comprovação do pagamento do diferencial de alíquota (ano de 2004: NF 12027 / ano de 2005: NF 3127/ ano de 2007: NF 16321, 1101), pois efetuou o recolhimento do diferencial de alíquota.

Quanto às NF's 12027 (já alcançada pela decadência) e 3127, a autuada informa que ainda está diligenciando a localização dos comprovantes de pagamento do tributo e se compromete a juntá-los aos autos posteriormente.

No tocante às NF's 16321 (doc. 05) e 1101 (doc. 06), a impugnante pleiteia a juntada dos DAE's comprobatórios do pagamento, restando, pois, improcedente os lançamentos em questão.

3- Não incidência do diferencial de alíquota por se tratar de mercadoria adquirida como insumo (ano de 2004: NF's 52 e 53 / ano de 2007: NF 16316)

Ressalta que, conforme se verifica do seu estatuto social, se dedica à exploração de atividades agrícolas e pastoris; a industrialização e a comercialização de seus produtos, dentre eles cachaça de alambique e derivados de mandioca; as atividades de uso e manejo em cativeiro, de criadouro comercial, de comércio, de abatedouro e frigorífico da fauna silvestre, nativa ou exótica; e de promoção de leilões de animais e prenhezes, dentre outras. Assim, constata-se que a principal atividade empresarial da autuada está relacionada à exploração da agropecuária.

Argumenta que, diante disso, faz parte do cotidiano da empresa a aquisição de mercadorias vinculadas ao seu processo produtivo, ou seja, bens essenciais à continuidade da produção da empresa, cuja aquisição gera direito ao crédito do imposto pago nas operações anteriores. De outra sorte, os materiais alheios ao processo produtivo do contribuinte, tipicamente denominados de bens de uso e consumo, não geram ao adquirente o direito de se creditar do imposto anteriormente recolhido, ao menos até 01.01.2011, nos termos do art. 33, I, da LC nº 87/96, com a redação dada pela LC N° 122/06. Desse modo, para se constatar se determinada mercadoria é um insumo ou material de uso e consumo do estabelecimento, há, necessariamente, que se analisar a sua atividade empresarial.

Aduz que, no caso sob exame, o autuante considerou como bem de uso e consumo as mercadorias adquiridas objeto das notas fiscais nºs. 52 e 53 (do ano de 2004), bem como a nota fiscal nº. 16316, todavia, tais mercadorias não podem ser classificadas como bens de uso e consumo do estabelecimento, haja vista que compõem diretamente o processo produtivo da autuada.

Frisa que as notas fiscais 52 e 53 referem-se à aquisição de cachaça, no total de 10.000 litros. Uma das atividades preponderantes da impugnante descrita no seu estatuto social é a industrialização e a comercialização de cachaça de alambique, ou seja, a autuada adquire grandes quantidades do produto provenientes de fornecedores idôneos e qualificados e, após envelhecer a cachaça em barris de madeira, engarrafa e vende a mercadoria aos seus consumidores. Assim, não restam dúvidas de que a cachaça adquirida (objeto das NF's 52 e 53) é matéria-prima e, portanto, um insumo diretamente vinculado ao processo produtivo da autuada. Desse modo, por se tratar de um insumo, e não de bem de uso e consumo como aduziu o Auditor, não é devido o diferencial de alíquota neste caso.

Reitera que, por se tratar de períodos anteriores a 29/12/2004, o suposto crédito fiscal decorrente da aquisição dessas mercadorias estaria decaído, conforme já sustentado em tópico anterior.

Quanto a Nota Fiscal nº 16316 (ano de 2007), aduz que se refere à aquisição de 02 (duas) seringas automáticas de 50 ml para aplicação de medicamentos e vacinas nos animais da fazenda, outra atividade desenvolvida pela impugnante, ou seja, manejo em cativeiro de animais, criadouro de gado de corte, bem como animais da fauna silvestre, nativa ou exótica, para o abate, comércio ou para a promoção de leilões. Neste contexto, conclui-se que a seringas veterinárias não podem ser enquadradas como bem de uso e consumo do estabelecimento, já que essas mercadorias estão vinculadas ao seu processo produtivo ou são consumidas neste processo ou integram o produto final ou o serviço na condição de elemento indispesável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação (art. 93, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97).

Quanto às demais notas fiscais relacionadas pelo Auditor, a impugnante informa que não efetuou o recolhimento do diferencial de alíquota em virtude das Notas Fiscais apresentarem destaque do imposto em alíquota igual ou superior a 17%.

Relativamente a infração 02 arguiu a sua nulidade absoluta, em razão do auditor não ter encaminhado à autuada a cópia de todas as notas fiscais que, supostamente, deixaram de ser escrituradas, o que evidencia ofensa ao direito à ampla defesa, transcrevendo as ementas abaixo dos Acórdãos CJF nº 0084-12/03 e 0462-02/04, ambas mantendo a autuação em relação as notas fiscais acostadas pela fiscalização.

Assevera que as nulidades não se encerram por aí, alegando que a eventual existência de notas fiscais constando a autuada como destinatária não é prova da entrada da mercadoria do estabelecimento. Em outras palavras, a simples emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria, conforme já foi decidido por este CONSEF.

Argumenta que caberia à fiscalização, portanto, comprovar sua acusação, pois existem elementos que provam o eventual recebimento das mercadorias, como o próprio comprovante de recebimento do transportador, ou mesmo o levantamento de estoques, diligência junto ao fornecedor etc. Por outro lado, a prova negativa é absolutamente inviável, já que não se pode demonstrar que não houve recebimento da mercadoria.

Para embasar sua alegação transcreveu a Resolução abaixo:

2ª Câmara - Resolução nº 348/86

“ICM – Entrada de mercadorias. A simples emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria. Neste caso cumpre a inversão da prova. Auto IMPROCEDENTE. Decisão unâime.”

Entende que, segundo a interpretação do CONSEF, a emissão de notas fiscais ao contribuinte não prova a entrada da mercadoria no seu estabelecimento, de forma que é necessária a produção de provas robustas pelo autuante. Essas provas podem ser: a juntada do comprovante de recebimento fornecido pela transportadora, um levantamento quantitativo de estoque, uma diligência junto ao fornecedor etc.

Aduz que não é exigível a prova negativa do contribuinte, pois, como bem asseverou o Conselheiro Carlos Fernando Amaral, não é possível realizar prova *“de que as mercadorias não foram recebidas, simplesmente porque quando não se recebe uma mercadoria que não foi comprada não se fica com qualquer prova deste não recebimento”*. Nem é preciso dizer que, no presente caso, não houve qualquer prova de que as mercadorias realmente entraram no estabelecimento da autuada: não houve a juntada do comprovante de recebimento fornecido pela transportadora, um levantamento quantitativo de estoque, uma diligência junto ao fornecedor etc. É dizer, a autuante simplesmente se acomodou com a consulta ao SINTEGRA.

Assevera que não houve qualquer prova por parte da autuante de que as mercadorias efetivamente ingressaram no estabelecimento, não há como se negar que a infração 02 é NULA de pleno direito.

Reitera a alegação de decadência parcial.

Entende que não há incidência do diferencial de alíquota por se tratar de mercadoria adquirida como insumo relativamente às Notas Fiscais, ano de 2008, nºs 207827 e 46441. Referem-se à aquisição de medicamentos para aplicação nos animais da fazenda.

Argüiu ilegitimidade passiva em relação à Nota Fiscal nº 18787 (ano de 2008), pois teve como destinatário estabelecimento diverso daquele objeto da Fiscalização, conforme se verifica do documento fiscal anexo (doc. 10), a NF teve como destinatário o estabelecimento inscrito no CNPJ sob o nº 00.141.269/0002-79. Além disso, nota-se que o endereço de entrega da mercadoria, indicado no campo “dados adicionais”, localiza-se no Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais: “Fazendas Reunidas – Rod. Uberaba a Conceição das Alagoas, km 12, s/n – Zona Rural de Uberaba – MG - CEP 38001-970”.

No tocante a infração 03, também arguiu nulidade, alegando o autuante não encaminhou ao autuado a cópia de todas as notas fiscais que, supostamente, deixaram de ser escrituradas, o que evidencia ofensa ao direito à ampla defesa.

Aduz preliminar de nulidade, por ofensa ao direito à ampla defesa (ano de 2007: NF 35945), frisando que a fim de evitar o desnecessário acréscimo de volume à presente defesa, a impugnante reitera, neste ponto, todos os argumentos de nulidade absoluta da infração por ofensa ao direito à ampla defesa, já sustentados no tópico relativo à Infração 02, tendo em vista que a autuada afirma não ter recebido a cópia deste documento fiscal.

Em relação a nota fiscal nº 4212 (ano de 2006 - doc. 11) diz que se refere à aquisição de uma embarcação usada da empresa Rio Star Indústria e Comércio Ltda., localizada no Estado do Rio de Janeiro, no valor nominal de R\$522.100,00. Ao verificar a existência da referida nota fiscal, o ilustre Auditor lançou o débito decorrente de suposta falta de recolhimento do diferencial de alíquota no valor de R\$52.210,00, correspondente a 10% sobre o valor da nota fiscal. Entretanto, o autuante deixou de examinar o campo “dados adicionais”, no qual consta a informação de que a embarcação foi vendida sob o regime de alienação fiduciária: “*Obs.: Embarcação c/ alienação fiduciária a Riostar, conf. Contrato de 24.07.2006*”.

Argumenta que o art. 3º, VII, da Lei Complementar nº. 87/96 dispõe que:

“Art. 3º. *O imposto não incide sobre:*

(...)

VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;”

Desta forma, nos termos da literal disposição da Lei, não há de incidir o ICMS nesta operação, não sendo devido, portanto, o diferencial de alíquota.

Argumenta que, contudo, apenas por eventualidade, na remota hipótese de não se admitir o argumento *supra* aduzido, o que não se acredita, pleiteia a impugnante a redução do valor do tributo referente à NF 4212, conforme abaixo defendido. Conforme já aduzido, a nota fiscal nº. 4212 (ano de 2006 - doc. 11) refere-se à aquisição de uma embarcação usada da empresa Rio Star Indústria e Comércio Ltda., localizada no Estado do Rio de Janeiro, no valor nominal de R\$522.100,00. Ao verificar a existência da referida nota fiscal, o autuante lançou o débito decorrente de suposta falta de recolhimento do diferencial de alíquota no valor de R\$52.210,00, correspondente a 10% sobre o valor da nota fiscal (R\$522.100,00).

Entretanto, o autuante deixou de examinar o campo “dados adicionais”, no qual consta a informação de que a base de cálculo do ICMS é reduzida, conforme Convênio 33/93.

Explica que, o Convênio 15/81, em sua cláusula primeira, autoriza a redução de 80% da base de cálculo do ICM, nas saídas de máquinas, aparelhos e veículos usados, o que se aplica ao caso, já que a embarcação adquirida pela impugnante não era nova. Posteriormente, o Convênio 33/93 facultou aos Estados e ao Distrito Federal a elevação do percentual de redução da base de cálculo previsto na cláusula primeira do Convênio ICM 15/81, de 23 de outubro de 1981, para até 95%

(noventa e cinco por cento), exclusivamente em relação às máquinas, aparelhos e veículos usados.

Salienta que na referida nota fiscal, constata-se que foi aplicada uma redução da base de cálculo no percentual de 80%, conforme autorizado pelo Convênio 15/81, daí porque indicado como base de cálculo do imposto foi de R\$104.420,00, ao invés de R\$522.100,00. Entretanto, o autuante, ao elaborar o cálculo do suposto débito relativo ao diferencial de alíquota, desconsiderou a mencionada redução da base de cálculo do ICMS, aplicando percentual de 10% sobre o valor nominal do bem adquirido (R\$522.100,00), e não sobre R\$104.420,00, que corresponde a 80% daquele valor.

Diante disso, na hipótese de não se acolher o argumento deduzido no tópico anterior (pela improcedência do lançamento), requer, por eventualidade, seja reduzido o débito, calculando-se o diferencial de alíquota sobre a base de cálculo reduzida, conforme autoriza a cláusula primeira do Convênio 15/81 (prorrogado por tempo indeterminado pelo Convênio 151/94).

Argumenta que é de conhecimento geral, o ICMS rege-se pelo princípio da não-cumulatividade, materializado pela sistemática de débitos e créditos do estabelecimento em uma conta gráfica. Via de regra, as entradas do estabelecimento geram crédito correspondente ao imposto pago nas etapas anteriores de produção, enquanto as saídas geram débito.

No caso específico ora examinado, o fisco acusa a autuada de não ter efetuado o pagamento do diferencial de alíquota referente à aquisição de mercadorias destinadas ao seu ativo fixo, cujas notas fiscais não foram registradas nos livros próprios. Entretanto, em momento algum foi reconhecido pela fiscalização que a falta de registro dessas notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais decorrentes da aquisição das mercadorias para o ativo fixo. Entende ser imperioso que seja determinada a realização de diligência fiscal pela ASTEC, a fim de que se apure o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias para o ativo fixo objeto das notas fiscais relacionadas pela fiscalização, com o propósito de evitar que o contribuinte seja prejudicado por terem sido considerados apenas os seus supostos débitos, ao passo que os créditos correspondentes foram simplesmente desprezados.

Assim, após a realização da referida diligência, pleiteia a impugnante pela procedência parcial da infração 03.

Por fim, aponta um equívoco cometido pelo Auditor, ao incluir na relação de notas fiscais apuradas via SINTEGRA a NF nº. 14944 (doc. 12), emitida pela empresa Clami Móveis & Decorações Ltda., localizada no Estado de São Paulo, cujo destinatário não é o estabelecimento objeto da Fiscalização (inscrito no CNPJ sob o nº. 00.141.269/0001-98). Conforme se verifica do documento fiscal anexo (doc. 12), a NF teve como destinatário o estabelecimento localizado na Avenida Tancredo Neves, nº 1.672, sala 601, Pituba, diverso, portanto, do endereço do estabelecimento objeto da Fiscalização, localizado nas Fazendas Reunidas Boa Vista, Estrada Estadual, s/n, no Município de Ibicuí-BA.

Diante disso, pleiteia a impugnante a exclusão deste lançamento, em razão da ilegitimidade passiva, tendo em vista que o estabelecimento objeto da Fiscalização não seria o destinatário da mercadoria, logo não seria o contribuinte do diferencial de alíquota.

Quanto a infração 04 arguiu nulidade absoluta, em razão do autuante não ter encaminhado à autuada a cópia de todas as notas fiscais que, supostamente, deixaram de ser escrituradas, o que evidencia ofensa ao direito à ampla defesa. Frisa que a fim de evitar o desnecessário acréscimo de volume à presente defesa, a impugnante reitera, neste ponto, todos os argumentos de nulidade absoluta da infração por ofensa ao direito à ampla defesa, já sustentados no tópico relativo à Infração 02, tendo em vista que a autuada afirma não ter recebido do auditor a cópia de diversas notas fiscais.

Reitera a alegação de decadência parcial (ano de 2004: NF's 17321, 34094, 34222, 34259, 34391, 20277, 20363 e 20984), pois os lançamentos relativos a fatos geradores ocorridos antes 29.12.2004 devem ser excluídos do Auto, uma vez que alcançados pela decadência.

Aduz improcedência das multas aplicadas por superposição de penalidades, uma vez que, parte das notas fiscais cuja entrada não foi registrada no LRE já foi objeto de exigência do diferencial de alíquota do ICMS nas Infrações 02 e 03, com a aplicação de multa no percentual de 60% (sessenta por cento). Dessa forma, a multa pelo suposto descumprimento de obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, conforme preceitua o § 5º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, *in verbis*:

“§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.” (grifos aditados)

Ressalta que neste sentido, é a Jurisprudência pacífica deste CONSEF, conforme se verifica das ementas abaixo transcritas:

(*) 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº. 0458-03/05 (AI nº. 207095.0606/04-0)

“EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. (...)

2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O documento fiscal também foi objeto de exigência do imposto na quarta infração, por isso, a multa referente à obrigação principal a que está sendo aplicada por descumprimento de obrigação acessória. (...)" (g.n.)

(*) 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº. 0311-04/07 (AI Nº. 206921.0028/06-6)

“EMENTA. ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração confirmada em parte, pois as notas fiscais que também fazem parte das infrações 03 e 04 devem ser excluídas, pois a multa pelo descumprimento de obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento de obrigações acessórias. (...)" (g.n.)

No julgamento deste processo, o ilustre Relator, em seu voto, afirmou que: “analisando os documentos pertinentes à infração, constato, no cotejo entre as planilhas de fls. 119 a 121 do PAF, que as notas fiscais objeto desta infração são as mesmas que motivaram a infração 04, e que remanescem na autuação (fls. 588 a 600). Assim, a multa de 60% daquela infração, por ser de obrigação principal, absorve a multa e 1% exigida nesta infração, que tem caráter de obrigação acessória, não restando nenhuma penalidade a ser aplicada. Infração desconstituída.” (g.n.)

Pleiteia a impugnante seja julgada parcialmente procedente a Infração 04, em virtude desta ter sido absorvida pelas multas aplicadas nas Infrações 02 e 03.

Chama a atenção para um equívoco cometido pelo ilustre Auditor Fiscal, referente à desconsideração do registro da Nota Fiscal nº. 28895 (doc. 13), que, efetivamente, foi escriturada no Livro Registro de Entrada de Mercadorias. Explica que a mencionada nota fiscal foi emitida pela empresa Gramá Distribuidora Figueiredo Ltda. em 23/07/2007. Ocorre que, no momento do registro no LREM, a impugnante cometeu um mero equívoco formal e, ao lançar o número da nota (28895), inseriu o número equivocado (“2889”), faltando apenas o algarismo “5”. Contudo, a partir do exame da cópia da fl. 92 do LREM, é possível se constatar que não houve qualquer descumprimento da obrigação acessória de escrituração, haja vista que este simples erro formal no preenchimento do Livro não invalida o ato.

Ao final, requer pela improcedência do Auto de Infração.

À folha 429v o autuante não prestou informação fiscal alegando intempestividade da defesa.

À folha 439 o PAF foi encaminhado para o CONSEF pela GECOB/DIVIDA ATIVA, por ter constado que a defesa foi recebida no dia 28/01/2010 conforme carimbo à folha 363.

À folha 441 o CONSEF, reconhecendo a tempestividade da defesa, devolveu ao PAF para que fosse prestada informação fiscal, decisão que, inicialmente, não foi acatada pelo INFRAZ de ORIGEM, sendo necessário nova devolução dos autos, conforme despacho à folha 443 dos autos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 445 a 447, aduz que não há que se falar em decadência, pois o crédito foi reclamado dentro do prazo estipulado pela legislação pertinente, inclusive, a notificação do devedor, transcrevendo os artigo 965 e 966 do RICMS/97.

Em relação ao argumento levantado pela defesa sobre o destino das mercadorias, se é ou não destinadas ao uso ou consumo ou se foram destinadas ao processo de produção do estabelecimento, aduz que não há dúvida, pois, o próprio contribuinte fizera o lançamento das notas fiscais nos códigos 2556 (Compras de materiais para uso e consumo) e 2551 (Compras para o ativo imobilizado), portanto, não resta nenhuma dúvida do destino das mercadorias dentro da empresa, destino esse declarado pela próprio contribuinte, conforme livro Registros de Entradas de Mercadorias às folha 247 a 358 dos autos.

No tocante à reclamação do crédito relativo às notas fiscais informadas no SINTEGRA, cujas notas foram solicitadas aos fornecedores e devidamente atendidas, não paira nenhuma dúvida da sua aquisição ante as provas juntadas ao processo, que são as próprias notas fiscais (cópias), inclusive, respostas enviadas por e-mail dos fornecedores.

Salienta que todos os fornecedores, citados e informantes do SINTEGRA, que culminaram na cobrança do ICMS, são cotidiano do contribuinte, não se trata de uma única operação isolada, portanto, não há a menor dúvida de que houve a operação informada no SINTEGRA, inclusive, além da informação houve a remessa da documentação fiscal (notas fiscais). Para que fique evidente é só confrontar notas fiscais e cartas de solicitação versus nomes dos fornecedores contidos nos livros registro de entradas de mercadorias apensos, fls. 247 a 358.

Frisa que o próprio autuado, em determinados trechos da sua defesa, admite o recebimento de mercadorias omissas de lançamento no SINTEGRA.

Ressalta que à folha 361 o autuado afirma ter recebido cópias de todos os levantamentos, demonstrativos e de todas as notas fiscais do SINTEGRA.

Quanto ao direito de crédito fiscal relativo a entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente, o contribuinte só poderá fazer uso após o recolhimento do respectivo imposto, portanto, em etapa posterior.

Em relação a penalidade formal, aduz que não se trata de cobrança ilegal, pois são fatos geradores distintos, que nada tem a ver com penalidade (multa) das infrações anteriores.

Ao final, opina pela procedência da autuação.

O PAF foi convertido em diligência, fl. 451, para que fossem adotadas as seguintes providencias:

AUTUANTE:

1- Em relação às notas fiscais de aquisição de outros estados, acoste aos autos outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como:

1.1 – cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes;

1.2 – cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;

1.3 – comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc);

1.4 – cópias de conhecimentos de transporte;

1.5 – quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias;

2- Excluir da autuação as notas fiscais que não forem acostados os elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, na forma do item 01 acima.

3- Preste nova informação fiscal em relação a defesa apresentada às folhas 363 a 388, observando o disposto no art. 127, § 6º, do RPAF/99.

INSPECTORIA:

Após o cumprimento pelo autuante dos itens anteriores:

1 - Fazer a entrega ao autuado, mediante recibo, de cópias, mediante recibo, dos documentos abaixo:

1.1- do pedido de diligência;

1.2- do resultado da diligência e seus anexos.

2- Intimar o autuado, mediante recibo, sobre a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias para que o autuado possa se manifestar;

3- Caso o autuado se manifeste, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal, conforme previsto no art. 127, § 6º, do RPAF/99: “A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

Cumprida a diligência, o autuante às folhas 454 e 455, em relação a infração 01, aduz que o autuado, apesar de ter escriturado os documentos fiscais, não efetuou os recolhimentos respectivos, entendendo não haver questionamento.

Quanto aos itens 02, 03 e 04 do Auto de Infração, relativas às operações do SINTEGRA e não lançadas nos livros fiscais do contribuinte, informa que realizou novas Cartas de Circularização aos fornecedores informantes do SINTEGRA, pedindo, além do fornecimento de cópias das próprias faturas, que lhe fossem enviados novos documentos comprobatórios das operações e de forma conexa, o que foi, na maioria dos casos, atendidos e, em consequência, gerou novos demonstrativos, esclarece que, nos casos em que não obteve provas, excluiu os respectivos lançamentos, conforme citado nas próprias planilhas.

Salienta que agregou uma nova coluna “PROVA FLS/PROC”, com a finalidade de vincular o lançamento aos documentos comprobatórios anexados aos autos, o que fez, para facilitar a checagem por parte tanto do contribuinte, quanto do órgão julgador.

Destaca que anexou, fls. a:

- 1) Planilhas – diferença de alíquota uso e consumo notas fiscais lançadas no LREM (2004 a 2008);
- 2) Planilhas – diferença de alíquota uso e consumo, notas fiscais omissas de lançamento - SINTEGRA (2004 a 2008);
- 3) Planilhas – diferença de alíquota mercadoria destinada ao ativo, notas fiscais omissas de lançamento - SINTEGRA (2006 E 2007); e
- 4) Planilha – entrada de mercadoria não registrada (isentas, n/trib. E outras), via SINTEGRIS – 2007.

Às folhas 456 a 572 dos autos, acostou as novas planilhas e diversos documentos fiscais e correspondências trocadas com os fornecedores.

Às folha 576 e 578 o autuado foi intimado, tendo recebido cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos e documentos acostados.

Em nova manifestação defensiva, fls. 579 a 587, em relação ao resultado da diligência fiscal, diz concordar com todas as exclusões realizadas pelo autuando, entretanto, ressaltou que diversos valores em relação aos quais o fiscal apontou como “EXCLUSÃO” continuam constando da planilha e, por conseguinte, majorando o suposto débito, requerendo que tais valores sejam expurgados da autuação.

Observou que a fiscalização incluiu novos valores na planilha, conforme indica a observação “INCLUSÃO” inserida na coluna “PROVAS” de diversas planilhas apresentadas na diligência.

Entende não ser possível a majoração do débito no PAF em lide, especialmente em sede de informação fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF, pois este débito “suplementar” somente poderia ser cobrado por meio de novo lançamento tributário, onde se disponibilize todos os

meios de defesa a ele inerentes, como prazo de defesa de 30 dias, entre outros, transcrevendo Ementa do CONSEF sobre o tema.

Requer que os novos valores lançados nos demonstrativos de folhas 454 e seguintes sejam desconsiderados no julgamento.

Reitera o pedido de decadência.

Salienta que o autuante manteve as Notas Fiscais nºs 16321 e 1101, mesmo a defesa tendo apresentado os comprovantes de recolhimento do Diferencial de Alíquotas, tendo requerido a retirados dos valores.

Em relação a infração 01, Notas Fiscais nºs 52, 53 (referentes a aquisição de cachaça) e 16316 (aquisição de 02 seringas), foram mantidas nos novos demonstrativos, apesar de se tratarem de produtos adquiridos como insumos ao seu processo produtivo.

Em relação a infração 02, Notas Fiscais nºs 207827 e 46441, referentes as aquisições de medicamento, foram mantidas nos novos demonstrativos, apesar de se tratarem de produtos adquiridos como insumos ao seu processo produtivo.

Quanto a Nota Fiscal nº 14944, doc. 12 da impugnação, reitera que foi emitida para outro contribuinte e não o autuado.

No tocante a infração 03, Nota Fiscal nº 4212, 2006 – doc. 11 da impugnação, refere-se à aquisição de uma embarcação usada, adquirida no Rio de Janeiro, no valor de R\$522.100,00, reiterando que o autuante não observou que foi vendida sob o regime de alienação fiduciária, não sendo devido o imposto na forma do art. 3º, VII, da Lei Complementar nº 87/96.

Ao final, requer pela procedência parcial do Auto de Infração.

Às folhas 589 a 600, o autuado foi intimado sobre a reabertura do prazo de defesa.

Em nova informação fiscal, folhas 602 a 605, em relação aos itens incluídos, Notas Fiscais nºs 127527 (17/06/06) e 6455 (09/11/07), diz não concordar com o argumento da defesa de que teria havido majoração do débito no curso do PAF, alegando que tais documentos não foram apensados posteriormente ao PAF, apenas, deixaram de ser devidamente lançadas nas planilhas, sendo de pleno conhecimento do próprio autuado, inclusive, os documentos foram lançados nos livros fiscais.

Em relação a decadência, reiterou que não concorda com a defesa, transcrevendo os artigo 965 e 966 do RICMS/97.

Em relação às Notas Fiscais nºs 16321 e 1101, acata a alegação defensiva de que foram recolhidos os ICMS devidos, informando que retificou os valores na nova planilha revisada nesta informação fiscal.

Relativamente às Notas Fiscais nºs 52 e 53 (aquisição de cachaça), não acolhe o argumento defensivo de que é mercadoria condizentes com atividade da empresa, pois jamais houve saídas de cachaça realizada pelo autuado.

Quanto à Nota Fiscal nº 16313, não acolhe o argumento defensivo, destacando que o autuado reconheceu a procedência da autuação ao recolher o ICMS relativo a Nota Fiscal nº 16321, emitida pelo mesmo fornecedor e sendo o mesmo produto, entende que o mesmo se aplica às Nota Fiscais 207827 e 46441.

Com referencia à Nota Fiscal nº 14944 (13/07/2007), acata o argumento defensivo, reconhecendo que foi emitida para outro contribuinte, informando que retificou os valores na nova planilha revisada na informação fiscal.

No tocante à aquisição da embarcação usada, Nota Fiscal 4212, frisa o artigo 7º do Regulamento do ICMS, em seu inciso V, alíneas “a”, “b” e “c” estabelecem quais são os casos onde não há incidência de ICMS diferença de alíquota, ressaltando que o autuado não se enquadra em nenhum das hipóteses apontadas nas alíquotas, tendo transcritos os dispositivos citados.

Às folhas 606 a 623 dos autos acostou novas planilhas revisadas.

À folha 626 o PAF foi convertido em nova diligência para que fossem entregue ao autuado cópia dos documentos às folhas 602 a 623, e que fosse reaberto o prazo de defesa, 30 dias, o que foi atendido à folha 628.

Não houve manifestação defensiva sobre as novas planilhas.

VOTO

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 29.12.2004, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

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

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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

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

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

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

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

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I,

do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, o fisco teria até o dia 31/12/2009 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2009 não se configurou a decadência.

Devo ressaltar que consta no corpo do Auto de Infração, fl. 04, que o contribuinte tomou ciência da autuação em 29/12/2009.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza e fundamentação as infrações imputadas, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, em plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação.

Cabe ressaltar que o PAF foi convertido em diligência, na qual o autuado excluiu as notas fiscais não acostadas aos autos, tendo o autuado recebido cópia de todas as notas fiscais consignadas nos levantamentos fiscais revisados, fls. 576 e 578, inclusive, ao se manifestar sobre o resultado da diligência realizada, não mais alegou não ter recebido alguma nota fiscal.

Quanto alegação de não ter recebido as mercadorias apontadas, alegado na primeira peça de defesa, a mesma não é causa de nulidade e nem de improcedência da autuação, uma vez que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT e no SINTEGRA indicam com precisão os dados cadastrais do autuado, além de outros documentos acostado pela diligência fiscal, também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, a título de exemplo, cito o ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/09.

No tocante ao argumento defensivo de ilegitimidade passiva, pois teria notas fiscais emitidas para outro contribuinte, tal fato foi reconhecido pelo autuante que excluiu dos referidos documentos fiscais da autuação. Devo destacar que, mais uma vez, que o autuado recebeu cópia nos levantamentos fiscais revisados, fls. 576 e 578, inclusive, ao se manifestar sobre o resultado da diligência realizada, não mais alegou remanescer nota fiscal destinadas a outro contribuinte.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Superada a questão preliminar, no mérito, na infração 01 é imputado ao autuado deixado de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referentes às notas fiscais lançadas nos livros próprios do contribuinte, no caso, Livro Registro de Entradas de Mercadorias–LREM.

Em sua defesa o sujeito passivo apresentou sua impugnação, além da preliminar de decadência já afastada no início do presente voto, em relação às notas fiscais abaixo analisadas.

Nota Fiscal nº 3127 – A defesa alega que estaria buscando encontrar o comprovante de pagamento. Entendo que tal alegação não é capaz de elidir a imputação, uma vez que cabe a defesa apresentar a prova de sua alegação, no presente caso bastaria apresentar o DAE, o que não foi realizado pela defesa, apesar das diversas manifestações e diligências realizadas.

Cabe ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo

regulamento.

Logo, a Nota Fiscal nº 3127 fica mantida na autuação.

Notas Fiscais nºs 16321, datada de 03/09/2007, e 1101, datada de 19/12/2007 – Defesa acostou DAE's comprobatórios do pagamento, o argumento foi acolhido pelo autuante em sua revisão fiscal, tendo excluída do levantamento fiscal os referidos valores, com o qual concordo, uma vez que foi embasado em documentos fiscais. Logo, as notas fiscais foram excluídas da infração, reduzido o ICMS reclamado em setembro de 2007 em R\$105,00 e no mês de dezembro em R\$66,00.

Notas Fiscais nºs 52 e 53 – A defesa alegou que se trata de aquisição de insumo condizentes com atividade. O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que foram adquiridos 10.000 litros de cachaça e não consta nos documentos fiscais nenhuma saída de cachaça realizada pelo contribuinte autuado. Portanto, ficam mantidas da autuação.

Nota Fiscal nº 16316 – A defesa alega que se trata de produto relacionada a sua atividade empresarial. Entendo razão assistir ao sujeito passivo, pois se tratar de aquisição de seringas automática utilizadas na vacinação dos animais, sendo, portanto, material intermediário utilizado em sua atividade produtiva, pecuária. Fica excluída da autuação, reduzido em R\$ 21,44 o valor relativo ao mês de setembro de 2007.

Quanto às demais notas fiscais relacionadas pelo Auditor, a impugnante informou que não efetuou o recolhimento do diferencial de alíquota em virtude das Notas Fiscais apresentarem destaque do imposto em alíquota igual ou superior a 17%. Tal alegação não exime o autuado de recolher o ICMS à título de diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia. Ficam mantidas na autuação.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada em parte, no valor de R\$13.074,92, conforme abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	V. HISTÓRICO AI (R\$)	REDUÇÃO	V.HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO	PLANILHAS FLS.
fev/04	09/03/2004	181,65	0,00	181,65	
out/04	09/11/2004	1.400,00	0,00	1.400,00	
jun/05	09/07/2005	88,78	0,00	88,78	
set/05	09/10/2005	348,80	126,44	222,36	616
out/07	09/10/2007	477,75	0,00	477,75	616
nov/07	9/12/2007	1.607,25	0,00	1.607,25	616
dez/07	9/01/2008	66,00	66,00	0,00	617
dez/07	9/1/2008	4.205,00	0,00	4.205,00	
jan/08	9/2/2008	4.054,24	0,00	4.054,24	
jun/08	9/7/2008	837,89	0,00	837,89	
SOMA INFRAÇÃO 01		13.267,36	192,44	13.074,92	

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referente às operações de mercadorias adquiridas em outros Estados, não escrituradas no LREM – omissas, detectadas através do SINTEGRA.

Cabe registrar que as preliminares de decadência e de nulidades já foram afastadas no presente voto, uma vez que foi realizada diligência fiscal e, posteriormente, uma nova revisão fiscal, excluindo as notas fiscais destinadas a outro contribuinte.

Quando a alegação defensiva de que não há incidência do diferencial de alíquota sobre às Notas Fiscais, ano de 2008, nºs 207827 e 46441, por se tratar de aquisição de medicamentos para aplicação

nos animais da fazenda. Na revisão fiscal o autuante manteve os valores das referidas notas, entendo se tratar de material de consumo.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que a alínea “c”, do inciso I, do artigo 93, do RICMS/97, inclusive, assegura a utilização de crédito fiscal de medicamente utilizado na pecuária, *in verbis*:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

c) de sementes, mudas, adubos, fertilizantes, corretivos de solo, aditivos, desinfetantes, espalhantes, dessecantes, desfolhantes, inseticidas, acaricidas, fungicidas, formicidas, germicidas, herbicidas, nematicidas, parasitícas, sarnicidas, rações, sais minerais e mineralizados, concentrados, suplementos, alimentos para animais, medicamentos, vacinas, soros, estimuladores e inibidores de crescimento, sêmen, embriões, ovos férteis, girinos, alevinos, combustíveis e demais insumos empregados na produção agrícola, na atividade extractiva vegetal ou animal, na pecuária ou na avicultura, observado o disposto no § 4º do art. 117

Tal fato, demonstra que o medicamento utilizado em sua produção, pecuária, não pode ser considerado com material de consumo como entendeu a fiscalização. Portanto, as referidas Notas Fiscais nºs 207827 e 46441 ficam excluídas do levantamento fiscal, nos meses de fevereiro e outubro de 2008, retirando os ICMS de 548,10 e 395,15, respectivamente, do levantamento revisado pelo autuante.

Logo, a infração 02 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$132,10, conforme abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	V. HISTÓRICO AI (R\$)	V. HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO	PLANILHAS FLS.
5/7/2004	9/8/2004	42,94	0,00	608
25/10/2004	9/11/2004	133	0,00	608
31/8/2005	9/9/2005	132,1	132,10	611
31/8/2006	9/9/2006	31,58	0,00	614
14/9/2006	9/10/2006	9,6	0,00	614
5/10/2006	9/11/2006	315,17	0,00	614
28/11/2006	9/12/2006	1,6	0,00	614
14/2/2008	9/3/2008	548,1	0,00	623
30/10/2008	9/11/2008	1.796,99	0,00	623
SOMA INF. 02		3.011,08	132,10	

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente a mercadoria destinada ao ativo da empresa, notas fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas, cujas operações foram detectadas através do SINTEGRA.

Assim como na infração anterior, ressalto que as questões de decadência e nulidade já foram analisadas.

Portanto, cabe ainda examinar a Nota Fiscal nº 4212.

Sobre esse documento fiscal a defesa alegou ser indevida a autuação, por se tratar de operação decorrente de alienação fiduciária e, se for devido o imposto, deveria ser observado a redução da base de cálculo no percentual de 80%, conforme Convênio 15/81, cláusula primeira.

Em relação ao argumento defensivo de não incidência do diferencial de alíquota, entendo que não pode ser acolhido, uma vez que a referida operação não se enquadra em nenhuma das alíneas do inciso V do artigo 7º do RICMS/97.

Quanto ao pleito defensivo de redução da base de cálculo, entendo que o mesmo deve ser acolhido, uma vez que se trata de aquisição de ativo imobilizado, usado, fato que foi reconhecido pelo próprio autuante em revisão fiscal, a qual acolho.

Logo, a infração 03 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VAL. HISTÓRICO AI (R\$)	V. HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO	PLANILHAS FOLHAS
28/08/06	09/09/06	52.210,00	10.442,00	615
27/10/06	09/11/06	179,89	179,89	615
29/01/07	09/02/07	7.375,45	7.375,45	618
13/07/07	09/08/07	2.496,00	0,00	618
11/12/07	09/01/08	150,00	0,00	618
SOMA INFRAÇÃO 03		62.411,34	17.997,34	

Na infração 04 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais captadas através do SINTEGRA, cujas notas não foram lançadas no livro Registro de Entradas.

Quanto a alegação de não ter recebido as mercadorias apontadas nas notas fiscais consignadas no levantamento fiscal, devo registrar que a mesma já foi afastada no início do voto, ao tratar da nulidade arguidas, bem como foi afastada a arguição de decadência.

A defesa alegou, ainda, a existência de multas aplicadas por superposição de penalidades, uma vez que, parte das notas fiscais cuja entrada não foi registrada no LRE já foi objeto de exigência do diferencial de alíquota do ICMS nas Infrações 02 e 03, com a aplicação de multa no percentual de 60% (sessenta por cento).

Entendo que o argumento defensivo acima deve ser acatado, em que pese o autuante não ter excluído da autuação, pois encontra respaldo no § 5º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, *in verbis*:

“§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.”

Grifei.

Assim, da planilha revisada pelo autuante, constatei superposição nas datas de ocorrências de 30/11/06 com a infração 02, e 31/07/07 com a infração 03, ficando excluídos os valores respectivos de R\$6,51, da planilha à folha 613, e R\$ 5,73 da planilha à folha 619.

Cabe registrar que esse entendimento já foi consolidado por esse órgão julgador, conforme trechos abaixo transcritos, apenas à título de exemplo:

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0458-03/05

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação estabelece que o imposto devido pela microempresa será recolhido mensalmente, correspondente a valores fixos em função da receita bruta. Comprovado o pagamento de apenas um mês do levantamento fiscal, inexistindo comprovação quanto aos demais meses. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O documento fiscal também foi objeto de exigência do imposto na quarta infração, por isso, a multa referente à obrigação principal absorve a que está sendo aplicada por

*descumprimento de obrigação acessória. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não foi comprovado o recolhimento do tributo por antecipação conforme previsto na legislação. Refeitos os cálculos pelo autuante o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime. Grifei.*

...

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-04/07

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração confirmada em parte, pois as notas fiscais que também fazem parte das infrações 03 e 04 devem ser excluídas, pois a multa pelo descumprimento de obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento de obrigações acessórias. 2 ...

Logo, a infração 04 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	V. HISTÓRICO AI (R\$)	V. HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO	PLANILHAS FLS.
8/1/2004	9/2/2004	36,00	0,00	607
31/3/2004	9/4/2004	26,53	26,53	607
31/10/2004	9/11/2004	40,57	0,00	607
20/12/2004	9/1/2005	1,98	0,00	607
21/1/2005	9/2/2005	6,98	0,00	610
31/3/2005	9/4/2005	17,81	0,00	610
31/12/2005	9/1/2006	7,10	4,15	610
31/1/2006	9/2/2006	13,47	13,47	613
22/6/2006	9/7/2006	20,24	0,00	613
27/7/2006	9/8/2006	3,14	0,00	613
6/10/2006	9/11/2006	39,40	0,00	613
30/11/2006	9/12/2006	6,50	0,00	613
31/12/2006	9/1/2007	130,93	0,83	613
29/1/2007	9/2/2007	0,48	0,00	619
26/2/2007	9/3/2007	9,61	9,61	619
13/4/2007	9/5/2007	0,36	0,00	619
31/5/2007	9/6/2007	1.450,00	1.450,00	619
31/7/2007	9/8/2007	16,60	0,00	619
31/8/2007	9/9/2007	21,04	18,00	619
27/11/2007	9/12/2007	3.750,00	3.750,00	619
31/1/2008	9/2/2008	6,18	0,00	622
28/2/2008	9/3/2008	3.803,20	0,00	622
31/3/2008	9/4/2008	84,63	82,00	622
4/4/2008	9/5/2008	3,60	0,00	622
30/6/2006	9/7/2006	13,19	5,30	622
31/7/2008	9/8/2008	124,13	101,80	622
31/10/2008	9/11/2008	137,24	113,87	622
12/11/2008	9/12/2008	0,40	0,40	622
31/12/2008	9/1/2009	152,61	96,87	622
TOTAL INF. 04		9.923,93	5.672,83	

Quanto as notas fiscais incluídas nos levantamentos fiscais após a lavratura do Auto de Infração, ou seja, durante a realização da diligência e informação fiscal, entendo que não podem ser acolhidas no presente PAF, pois caracterizaria cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Entretanto, recomendo à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal visando cobrar eventuais diferenças apuradas.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. HISTÓRICO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	13.074,92
2	PROCEDENTE EM PARTE	132,1
3	PROCEDENTE EM PARTE	17.997,34
4	PROCEDENTE EM PARTE	5.672,83
TOTAL		36.877,19

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087015.0026/08-2**, lavrado contra **EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.204,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.672,83**, prevista no art. 42, XI da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Esta Junta 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA