

A. I. Nº - 279116.1203/10-7
AUTUADO - EMPRESA EDITORA A TARDE S/A
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10. 10. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0231-01/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Diligências solicitadas por esta JJF, realizadas pela ASTEC/CONSEF, resultaram no refazimento dos cálculos e redução do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** NOTAS FISCAIS. INUTILIZAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. **2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE SAÍDAS.** O autuado simplesmente alegou o não cometimento das infrações, não apresentando qualquer elemento de prova capaz de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. **3. IMPORTAÇÃO. a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL PARA CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Cabível a exigência fiscal conforme a autuação, haja vista que restou demonstrado o não recolhimento do imposto devido. Infrações subsistentes. **5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. ENTREGA COM DADOS INEXATOS. MULTA.** Infração caracterizada. Não acolhida a decadência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2010, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$351.814,26, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 276.611,91, correspondente a 1% do valor das mercadorias;
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 64.561,37, acrescido da multa de 50%. Consta se referir a saídas de sucatas;

3. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o seu desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro, abril, junho e novembro de 2005, janeiro, março, maio a agosto, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.635,11, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o seu desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro, março e maio de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 172,50, acrescido da multa de 60%;
5. Deixou de recolher o ICMS devido pela importação de mercadorias do exterior, no mês de abril de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 751,87, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de novembro de 2005 e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.033,00, acrescido da multa de 60%. Conforme planilha;
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 168,50, acrescido da multa de 60%. Conforme planilha;
8. Inutilizou documentos fiscais, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.600,00. Conforme planilha 9;
9. Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00. Consta se referir ao livro;
10. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente ao mês de de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 1.285 a 1.295, arguindo a decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário no período de janeiro a novembro de 2005, em face do que dispõe o art. 150, §4º do CTN, ou seja, que a contagem do prazo decadencial de 05 anos se inicia a partir da data de ocorrência do fato gerador. Portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 24/12/2010 [22/12/2010] e se trata de lançamento por homologação, o prazo inicia-se da data de ocorrência do fato gerador, conforme o art. 150, §4º do CTN.

Rechaça a infração 01, sustentando que ocorreu a decadência no período de janeiro a novembro de 2005, bem como que as notas fiscais foram contabilizadas e registradas no SINTEGRA. Alega, ainda, que o ICMS devido nas referidas operações foi quitado, conforme os documentos acostados a defesa (doc. 02). Alega que a realização de diligência comprovará que os tributos foram pagos e que os documentos estão devidamente registrados, o que elide a infração.

Diz que ainda que tenha havido descumprimento de obrigação acessória, há de ser aplicado, no presente caso, os princípios de eventualidade e da equidade, conforme determina o art. 148 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 c/c o art. 42, § 7º da Lei n. 7.014/96, tendo em vista que não é razoável que tenha que arcar com uma pesada multa fiscal. Acrescenta que este CONSEF vem decidindo de forma reiterada, a redução da multa em casos semelhantes.

Requer que a multa seja reduzida para o valor de R\$50,00, com escopo no art. 148 do RPAF/99, c/c o art. 42, § 7º da Lei n. 7.014/96.

No que concerne à infração 02, argui a decadência do período compreendido entre 31 de agosto a 30 de novembro. Alega, também, que o autuante deixou de verificar que alguns débitos apontados na

autuação foram devidamente quitados e, portanto, extinto o crédito tributário. Requer a realização de diligência para comprovação de sua alegação.

Quanto às infrações 03 e 04, argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31 de agosto a 30 de novembro de 2005.

No que tange à infração 06, argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31 de agosto a 30 de novembro de 2005. Alega, também, que o autuante não levou em consideração a alíquota de 12%, sobre o valor do bem na apuração do ICMS exigido pelo Estado de Minas Gerais, local de aquisição da mercadoria.

No tocante à infração 07, argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31 de agosto a 30 de novembro de 2005.

No respeitante à infração 08, diz que mesmo tendo havido a irregularidade, é aplicável a redução ou dispensa da multa, em conformidade com o art. 148 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 c/c o art. 42, § 7º da Lei n. 7.014/96.

No que diz respeito às infrações 05, 09 e 10, não apresenta qualquer impugnação.

Conclui requerendo que seja decretada a decadência do período de janeiro a novembro de 2005, por ter ultrapassado o prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, previsto no art. 150, § 4º do CTN. Requer, ainda, a realização de diligência, no intuito de comprovar que parte do imposto exigido, já se encontrava quitado. Requer, finalmente, a redução das multas das infrações **01** e **08**, para o valor de R\$50,00.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 1.535 a 1.539) reproduzindo os artigos 3º e 10 do RPAF/99, para sustentar que a defesa se apresenta nula tendo em vista que a procuração venceu em 31/12/2010.

Transcreve os artigos 150, §4º e 173, inciso I do CTN, para contestar a decadência arguida pelo impugnante, afirmando que somente com o lançamento procedido pelo Fisco ocorre a hipótese de extinção de crédito prevista no art. 150, §4º do CTN.

Rechaça a alegação defensiva referente à infração 01, sustentando que a omissão de registro de entradas de mercadorias conduz ao desequilíbrio na escrituração fiscal implicando, inclusive, em falta de recolhimento do imposto.

Relativamente às infrações 02,03,04,06 e 07, afirma inexistir lançamento anterior, não recolhimento do imposto, existência de dolo pela falta de intenção de recolhimento do imposto, sendo aplicável o disposto no art. 173, do CTN.

Quanto à infração 08, diz ser aplicável o disposto no art. 113, §§ 2º e 3º do CTN.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Na sessão de julgamento realizada no dia 30/09/2011, após a leitura do Relatório, o ilustre Julgador Valmir Nogueira de Oliveira aduziu que a Fiscalização arrolou no levantamento mercadorias não sujeitas a tributação, mas também mercadorias tributáveis, razão pela qual sugeriu a conversão do feito em diligência, a fim de que fosse feita a segregação das referidas mercadorias.

Após análise e discussão sobre a questão suscitada pelo referido Julgador, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do feito em diligência a INFAZ/VAREJO, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: Autuante - no que concerne à infração 01, segregasse as notas fiscais arroladas na autuação cujas aquisições (entradas) tivessem sido tributadas na origem, das notas fiscais não tributadas, elaborando duas planilhas e dois demonstrativos de débito, sendo uma planilha e um demonstrativo referente à multa de 1% e outra planilha e demonstrativo referente à multa de 10%; Repartição Fazendária - com relação à alegação defensiva de que parte do imposto exigido se encontrava quitado – sem identificar as infrações – intimasse o autuado para que apresentasse comprovação dos pagamentos efetuados, inclusive com a elaboração de demonstrativo no qual identificasse os respectivos documentos de arrecadação e documentos fiscais.

O autuante se pronunciou (fls. 1.547 a 1.548) discordando da solicitação contida na diligência, manifestando o entendimento de que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas na autuação não são tributadas, pois consumidas no processo, fazendo parte do produto final, no caso, jornais que gozam de imunidade. Manifesta o entendimento de que o legislador aplicou a multa maior de 10% para os casos em que o não registro da mercadoria repercutiria na apuração do imposto e a multa menor de 1% para os casos em que a falta de registro não traria repercussão na apuração do imposto. Sustenta que a multa de 1% foi indicada corretamente, conforme previsto na Lei n. 7.014/96.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

O impugnante se manifestou (fl. 1.651), argüindo a nulidade da infração 01, em razão de ter não o autuante segregado as mercadorias que estariam sujeitas à multa de 1% daqueles sujeitas à multa de 10%, conforme previsto no art. 42, incisos IX e XI da Lei n. 7.014/96. Acrescenta que, contrariamente, o autuante destacou na mesma infração condutas supostamente ilícitas, mas por motivos distintos, o que implica em cerceamento do direito de defesa.

Conclui requerendo a nulidade da infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1.556), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para revisar o lançamento referente à infração 01, elaborando demonstrativo segregando as notas fiscais arroladas na autuação cujas aquisições (entradas) tivessem sido tributadas na origem, das notas fiscais não tributadas, elaborando duas planilhas e dois demonstrativos de débito, sendo uma planilha e um demonstrativo referente à multa de 1% e outra planilha e demonstrativo referente à multa de 10%.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº 34/2012 (fls. 1.559 a 1.561), a diligenciadora Maria do Socorro esclareceu que, em cumprimento à diligência, elaborou novos demonstrativos de débitos, conforme solicitado pela JJF, tendo como base os dados apurados pelo autuante (fls. 34 a 72, e CD, fl. 1.282), juntamente com as notas fiscais acostadas aos autos (fls. 289 a 586) sendo apurado no exercício de 2005 (planilhas fls. 1.562/1.585), o valor de R\$467.221,09, correspondente a 10 % de R\$4.672.211,00 referentes às mercadorias tributáveis, e o valor de R\$92.422,02 correspondente a 1% do valor das mercadorias não tributáveis, no valor de R\$ 9.242.202,00. No exercício de 2006 (planilhas de fls. 1.586/1.604) foram apurados os valores de R\$102.466,23, correspondente a 10% das mercadorias tributáveis no valor de R\$1.024.662,30 e R\$349.529,82 correspondente à 1% do valor das mercadorias não tributáveis no valor de R\$ 34.952.982,00, totalizando a infração 01 o valor de R\$1.011.639,17, conforme constam nos demonstrativos de débitos.

Conclusivamente, consignou a diligenciadora que foram elaborados novos demonstrativos de débitos, da infração 01, como solicitado por esta JJF, sendo apurado o valor total de R\$441.951,84, correspondente à multa de 1% e o valor de R\$569.687,33 referente à multa de 10%.

Cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº. 34/2012, o impugnante se manifestou (fls. 1.609 a 1.610), destacando, inicialmente, que o referido parecer corrobora com as suas alegações no sentido de nulidade do lançamento referente à infração 01.

Aduz que a ASTEC ao apurar os documentos que ensejaram a autuação em lide, concluiu pelo manifesto erro do autuante, uma vez que caberia a este desmembrar as supostas falhas de emissão de documentos fiscais decorrentes de operações passíveis de incidência do ICMS, daquelas que não fatos geradores do referido imposto, o que não ocorreu no presente caso.

Salienta que tal erro foi tão latente que as novas planilhas apresentadas pela ASTEC, referente à infração 01, demonstram valores totalmente discrepantes daqueles que foram mensurados pelo autuante, quando da lavratura do Auto de Infração.

Assevera que a infração 01 é nula, haja vista seu manifesto vício, por força do art. 3º c/c o art. 142, ambos do CTN e o art. 127, §6º, do RICMS/BA.

Consigna que ainda se não bastassem as argumentações supra, cabe destacar que incorreu em erro a diligenciadora da ASTEC, no que tange ao período de 2006, haja vista que existe uma discrepância entre o resumo das mercadorias tributáveis e o resumo analítico apresentado, a soma das infrações apresentadas pela ASTEC é superior àquele apontado no Auto de Infração; erro na apuração da base de cálculo, pois, os valores constantes no resumo analítico não refletem com o apresentado no resumo destacado às fls. 1.559/1.560.

Ressalta que, contrariamente à acusação fiscal, as operações que realizou referentes à infração 01, foram devidamente registradas no SINTEGRA, conforme determina a legislação vigente.

Conclui requerendo a nulidade da infração 01.

O autuante se pronunciou (fls. 1.612 a 1.615) consignando que o objetivo do defendente é a nulidade do lançamento referente à infração 01, quando sustenta os seus argumentos.

Reproduz os artigos 3º e 142, do CTN, para afirmar que estes foram atendidos. No que tange ao art. 127 do RICMS/BA, diz que este não tem o parágrafo citado pelo impugnante.

Aduz que não é razoável se supor que o autuado esteja a solicitar multa maior em lugar da multa menor.

Salienta que em informação anterior já se incumbiu de discernir a questão, esclarecendo que, no presente caso, as mercadorias em comento são consumidas no processo, fazendo parte do produto final.

Reitera o seu entendimento de que as mercadorias não são tributáveis do ponto de vista do contribuinte autuado, mesmo que tenham sido tributadas ou, melhor dizendo, mesmo que tenha ocorrido o destaque do ICMS por parte do fornecedor. Invoca e transcreve, a título exemplificativo, decisões do STF sobre a imunidade do livro, apostilas e filmes destinadas à produção de capas de livros. Reproduz o art. 5º, IV, IX, XIV e o art. 60, §4º, IV, da CF.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Na sessão de julgamento realizada em 21/08/2012, o ilustre patrono do autuado ao exercer o direito de sustentação oral, identificou alguns erros de base de cálculo, a exemplo do valor indicado na Planilha nº 2, no mês de janeiro de 2006 (fl. 1.586/1.587), cujo valor é de R\$91.060,86 com a indicação da multa no percentual de 10%, resultando no valor da penalidade de R\$9.106,00. Contudo, no Demonstrativo elaborado pela diligenciadora de fl. 1.560, consta no mesmo mês de janeiro de 2006, o valor da base de cálculo de R\$910.609,00, com a indicação da multa de 1%. Também se verificou que no exercício de 2006, houve um engano da diligenciadora, pois consignou no demonstrativo de fl. 1.560 as multas de 10% como se fosse de 1% (Planilha 1). Ou seja, no exercício de 2006 houve uma troca, isto é, onde a multa era de 1% foi consignado como se fosse de 10% e vice-versa.

Em face disso, o feito foi convertido em diligência a ASTEC/CONSEF (fls.1.620/1.621), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para adotar as seguintes providências: 1. Intimasse o impugnante para identificar e apresentar em sua totalidade os erros existentes na revisão realizada pela diligenciadora da ASTEC/ONSEF, elaborando demonstrativos com os valores que entende como corretos, se fosse o caso; 2. Caso o autuado atendesse a diligência, deveria a diligenciadora analisar os elementos apresentados e, se fosse o caso, efetuar as correções e ajustes necessários, elaborando novas planilhas e demonstrativos, inclusive com as devidas correções dos equívocos existentes nas planilhas e demonstrativos anteriormente elaborados, quando do cumprimento da diligência anteriormente solicitada. Em seguida, deveria o processo ser encaminhado à INFAZ/VAREJO, a fim de que o órgão competente intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia dos novos demonstrativos e planilhas, elaborados pelo diligente, referentes à infração 01. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento do resultado da diligência, para que apresente manifestação. Após, deveria ser dada ciência ao autuante.

Através do Parecer ASTEC Nº. 121/2012 a diligenciadora registrou que em cumprimento à diligência solicitada, realizou os seguintes procedimentos fiscais:

- no dia 06/11/2012, o autuado foi intimado (fls. 1.626/1.627) a apresentar as planilhas informando as irregularidades apuradas nos dados informados referente a Diligência Fiscal já realizada;
- no dia 21/11/2012 (fl. 1626), considerando que já havia se passado mais 5 (cinco) de dias do prazo para a apresentação dos demonstrativos solicitado, foi agendado com o autuado para a entrega dos documentos solicitados para o dia 23/11/2012;
- no dia 26/11/2012, considerando que o autuado não atendeu a intimação, e que ficaram constatados, na diligência anterior, erros ou equívocos nas transferências dos valores apurados nas planilhas, de fls. 1.562 a 1.604, para o demonstrativos de débitos, *“referentes às mercadorias tributáveis normalmente na entrada com a indicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, e outro demonstrativo referente às mercadorias não tributáveis na entrada com a indicação da multa de 1%, sobre o valor comercial das mercadorias”*, como solicitado por esta JJF, foram feitas as devidas correções e apresentados novos demonstrativos de débitos nesta diligência.

Concluiu que, após as devidas correções nos valores dos demonstrativos de débitos da infração 01, do PARECER ASTEC 34/2012 (fls. 1.560/1.561) foram apurados os valores da Infração 01 de R\$194.888,26, referente à multa de 1% e de R\$816.750,92 referente à multa de 10%, totalizando a infração o valor de R\$1.011.639,17.

Cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº. 121/2012 o autuado se manifestou (fls. 1.633/1.634) afirmando que o Parecer da ASTEC novamente ratifica aquilo que vem destacando ao longo do processo, ou seja, o lançamento de ofício é manifestamente nulo, uma vez que o autuante errou ao utilizar critérios indevidos. Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência (fl. 1.636), a fim de que fossem elaboradas as novas planilhas elaboradas pela diligenciadora com as devidas correções dos equívocos existentes nas planilhas e demonstrativos anteriormente elaborados.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº 25/2013, a diligenciadora consignou que em atendimento a 3ª Diligência não foi feito nenhum ajuste em relação aos valores apurados na 2ª Diligência, e as planilhas solicitadas nesta diligência se encontram anexadas às fls. 1.562 a 1.604 dos autos, haja vista que não foram feitas alterações, pois o equívoco foi, tão somente, em relação à transferência dos valores apurados para o demonstrativo de débito.

Diz que dessa forma, ficam confirmados os valores apurados na 2ª Diligência, Parecer ASTEC Nº. 121/2012 de fls. 1.623 a 1.625 dos autos, que não foram alterados.

Conclusivamente, consignou que ficam confirmados os valores apurados na 2ª Diligência, Parecer ASTEC Nº. 121/2012, referente a correção dos valores demonstrados na 1ª Diligência.

Cientificado o autuado se manifestou (fls. 1.647/1.648) reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls. 1.652 a 1.659) afirmando que inexistente nulidade do lançamento, portanto, vício formal. Sustenta que não houve cerceamento do direito de defesa. Em relação à infração 01, reitera o entendimento de que a análise sobre tributação ou não tributação da mercadoria deve transcorrer pelo ponto de vista do contribuinte fiscalizado porque o registro ou o não registro repercutirá de forma diferente na apuração do imposto ao final.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de dez infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, no que concerne a arguição do autuado de nulidade do lançamento referente à infração 01, sob o fundamento de não ter o autuante segregado as mercadorias que estariam sujeitas à multa de 1% daquelas sujeitas à multa de 10%, conforme previsto no art. 42, incisos IX e XI, da Lei n. 7.014/96, o que cerceou o seu direito de defesa, não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, o processo foi convertido em diligência a ASTEC/CONSEF em três oportunidades, cujos resultados foram levados ao conhecimento do contribuinte, preservando plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório, inclusive com a concessão do prazo de trinta dias para que se manifestasse, o que inclusive fez, suscitando, no mérito, a existência de erros na apuração realizada pela diligenciadora da ASTEC, conforme será visto adiante.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida por inoccorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No que tange à arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, no período de janeiro a novembro de 2005, conforme as disposições do artigo 156, inciso VII e artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional – CTN, observo que não pode prosperar a pretensão do impugnante, haja vista que este tomou conhecimento do início da ação fiscal após regularmente intimado e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 22/12/2010, portanto, dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas do art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Vale observar que o entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento integralmente antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, o prazo de contagem da decadência é aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010 e o lançamento ocorreu em 22/12/2010, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário.

Vale consignar, que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo, dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05, CJF 0144-11/09, sendo que, deste último, reproduzo abaixo a título ilustrativo trecho do voto:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, **contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador**, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e *reconhecendo que*

apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência ou extinção do crédito por homologação tácita do lançamento.

No mérito, relativamente à infração 01, na sessão de julgamento realizada em 30/09/2011, conforme muito bem observado pelo ilustre Julgador Valmir Nogueira de Oliveira, no levantamento levado a efeito pelo autuante todas as notas fiscais arroladas na autuação foram consideradas como referentes a mercadorias não tributáveis, portanto, indicando a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, quando existiam notas fiscais cujas entradas ocorreram com tributação, razão pela qual caberia a multa de 10%.Em razão desse fato, o processo foi convertido em diligência em três oportunidades.

Na primeira diligência foi solicitado que a INFAZ de origem indicasse o autuante ou outro Auditor Fiscal, a fim de que fizesse a segregação das notas fiscais referentes às mercadorias tributadas na entrada das não tributadas, para fins de aplicação da multa de 10% ou 1%, conforme o caso.

Ocorreu que, designado para cumprir a diligência, o autuante manifestou entendimento de que somente é cabível, no caso, a aplicação da multa de 1%, por se tratar de insumo utilizado no processo produtivo do autuado, cujo produto final – jornal – goza de imunidade constitucional, não cumprindo o solicitado.

O feito então foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse atendida a solicitação da diligência anterior.

O resultado trazido pela diligenciadora Maria do Socorro, refletido no Parecer ASTEC Nº. 34/2012, após a segregação das mercadorias tributadas das não tributadas, apontou o valor de R\$441.951,84 correspondente à multa de 1%, e o valor de R\$569.687,33 referente à multa de 10%, conforme demonstrativos que elaborou.

O autuado ao se manifestar sobre o Parecer ASTEC 34/2012, alegou a existência de erro incorrido pela diligenciadora, no que tange ao período de 2006, decorrente de discrepância entre o resumo das mercadorias tributáveis e o resumo analítico apresentado; a soma dos valores das infrações apresentadas pela ASTEC ser superior àquele apontado no Auto de Infração; erro na apuração da base de cálculo, pois, os valores constantes no resumo analítico não refletem com o apresentado no resumo destacado às fls. 1.559/1.560.

Já o autuante ao ser cientificado sobre o Parecer ASTEC 34/2012, reiterou o seu entendimento de que de que as mercadorias não são tributáveis do ponto de vista do contribuinte autuado, mesmo que tenham sido tributadas, ou seja, mesmo que tenha ocorrido o destaque do ICMS por parte do fornecedor.

No que tange ao entendimento sustentando pelo autuante, vale repetir que a jurisprudência deste CONSEF, aponta para o entendimento de que a determinação se a mercadoria é não tributável ou tributável, para fins de aplicação da multa de 1% ou 10%, respectivamente, deve ser feita com base nas aquisições (entradas) e não nas saídas, significando dizer que, ocorrendo saída do fornecedor - emitente da nota fiscal - com destaque do imposto, deverá ser aplicada a multa de 10% e, contrariamente, não havendo destaque do imposto deverá ser aplicada a multa de 1%.

Quanto à alegação do impugnante de existência de erros no levantamento levado a efeito pela diligenciadora, apesar de não ter identificado tais erros, consoante exige o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, tendo se reportado de forma genérica sobre a existência de equívocos, na sessão de julgamento ao exercer o direito de sustentação oral comprovou que, efetivamente, a diligenciadora se equivocara, em parte, ao elaborar os demonstrativos.

Assim é que, o levantamento referente ao exercício de 2005 (fl. 1.560, fls. 1.562/1.585), não merece qualquer reparo, haja vista que tanto a apuração dos valores referentes à multa de 1% quanto a apuração dos valores referentes à multa de 10% estão corretas.

Porém, no que concerne ao exercício de 2006, de fato, houve um engano da diligenciadora, pois consignou no demonstrativo de fl. 1.560 as multas de 10% como se fosse de 1% (Planilha 1). Na realidade, a apuração correta referente ao exercício de 2006 se encontra na Planilha 2 (fl. 1.590).

Em resumo, vale dizer que no exercício de 2006 houve uma troca, isto é, onde a multa era de 1% foi consignado como se fosse de 10% e vice-versa.

Em face disso, o feito foi novamente convertido em diligência a ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para adotar as seguintes providências: 1. Intimasse o impugnante para identificar e apresentar em sua totalidade os erros existentes na revisão realizada pela diligenciadora da ASTEC/CONSEF, elaborando demonstrativos com os valores que entende como corretos, se fosse o caso; 2. Caso o autuado atendesse a diligência, deveria a diligenciadora analisar os elementos apresentados e, se fosse o caso, efetuar as correções e ajustes necessários, elaborando novas planilhas e demonstrativos, inclusive com as devidas correções dos equívocos existentes nas planilhas e demonstrativos anteriormente elaborados, quando do cumprimento da diligência anteriormente solicitada. Em seguida, deveria o processo ser encaminhado à INFAZ/VAREJO, a fim de que o órgão competente intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia dos novos demonstrativos e planilhas, elaborados pelo diligente, referentes à infração 01. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento do resultado da diligência, para que se manifestasse. Após, deveria ser dada ciência ao autuante.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº. 121/2012, a diligenciadora registrou que em cumprimento à diligência solicitada, intimou o contribuinte para que apresentasse as planilhas informando as irregularidades apuradas nos dados informados referentes à diligência fiscal anteriormente realizada, contudo, este não atendeu a intimação.

Esclareceu que, como ficaram constatados, na diligência anterior, erros nas transferências dos valores apurados nas planilhas de fls. 1.562 a 1.604, para o demonstrativo de débitos, referentes às mercadorias tributáveis normalmente na entrada com a indicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, e outro demonstrativo referente às mercadorias não tributáveis na entrada com a indicação da multa de 1%, sobre o valor comercial das mercadorias, conforme solicitado pela JJF, procedeu as devidas correções, apurando os valores de R\$194.888,26 referente à multa de 1% e de R\$816.750,92 referente à multa de 10%, totalizando a infração 01 o valor de R\$1.011.639,17.

Diante disso, corrigido o equívoco, o valor apurado no exercício de 2006, referente à multa de 10%, passou para R\$349.529,82, permanecendo o valor de R\$467.221,10 apurado no exercício de 2005 pela diligenciadora, totalizando a multa de 10% referente a mercadorias tributadas o valor de R\$816.750,92.

Quanto à multa de 1% referente às mercadorias não tributadas, conforme dito acima, o valor apurado pela diligenciadora correspondente ao exercício de 2005 se encontra consignado corretamente no demonstrativo, sendo de R\$92.422,02. Contudo, no que diz respeito ao exercício de 2006, o valor correto é de R\$102.466,23.

Desse modo, a multa de 1% referente à falta de registro de entrada de mercadorias não tributáveis totaliza o valor de R\$194.888,25.

Feitos os esclarecimentos indispensáveis para melhor compreensão dos fatos, cabe agora determinar qual a penalidade aplicável no caso em exame.

Conforme consta no Auto de Infração o autuado *deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*, sendo indicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 276.611,91, correspondente a 1% do valor das mercadorias.

Ora, restou demonstrado que o levantamento originalmente levado a efeito pela Fiscalização, não considerou a existência das duas situações, ou seja, *entradas de mercadorias tributáveis e entradas de mercadorias não tributáveis*, sem o devido registro na escrita fiscal, o que resultou na constituição do crédito tributário em valor menor do que o efetivamente devido.

Ocorre que, como o valor originalmente apontado no Auto de Infração foi de R\$276.611,91, certamente a imposição da multa de 10% no valor de R\$816.750,92, implicaria no agravamento da infração o que não pode ser feito no presente lançamento, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Dessa forma, permanece exclusivamente a exigência conforme apontada originalmente no Auto de Infração, ou seja, multa de 1% sobre o valor das *entradas de mercadorias não tributáveis*, contudo, no valor de R\$194.888,25, apurado pela diligência solicitada a ASTEC/CONSEF.

Observo que o autuado praticamente reconhece o cometimento da infração, ao afirmar que as notas fiscais foram contabilizadas e registradas no SINTEGRA e que os “*tributos foram pagos*”, requerendo a redução da multa.

Saliento que a acusação fiscal diz respeito à *entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*, portanto, sendo irrelevante se houve a contabilização, registro no SINTEGRA, ou mesmo pagamento do imposto devido.

No caso, trata-se de obrigação acessória descumprida pelo contribuinte, sendo correta a autuação, com os ajustes acima aduzidos.

Quanto à redução da multa para o valor de R\$50,00, requerida pelo autuado, verifico que a infração restou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

Diante do exposto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$194.888,25, conforme demonstrativo débito de fl. 1.560. Infração parcialmente subsistente.

No que tange à infração 02, verifico que diz respeito à falta de recolhimento do imposto devido nas saídas de sucatas, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006. Noto que na defesa apresentada o autuado alega que os débitos foram quitados, contudo, não traz aos autos qualquer comprovação dos pagamentos.

É certo que, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art.142), assim como, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art.143).

Desse modo, a infração 02 é subsistente.

No que diz respeito às infrações 03 e 04, noto que o autuado alega simplesmente a ocorrência da decadência. Como tal alegação já foi objeto de análise acima, e inexistindo qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, considero subsistentes estas infrações. Mantidas as infrações.

Com relação à infração 06, observo que trata da falta de recolhimento do 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.

Na defesa apresentada o autuado argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31 de agosto a 30 de novembro de 2005, o que já foi objeto de análise acima, com a rejeição de tal argumentação.

Alega, também, que o autuante não levou em consideração a alíquota de 12%, sobre o valor do bem na apuração do ICMS exigido pelo Estado de Minas Gerais, local de aquisição da mercadoria.

Constatado que não assiste razão ao impugnante quanto a esta alegação, haja vista que o autuante considerou corretamente a alíquota de 7%, conforme se verifica na planilha de fl.. Em verdade, tratando-se de operações de saídas interestaduais realizadas por contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais com destino a contribuintes estabelecidos na Bahia a alíquota aplicável é de 7%. Portanto, descabe a argumentação defensiva. Infração subsistente.

No respeitante à infração 07, vejo que o autuado apenas argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31 de agosto a 30 de novembro de 2005, o que já foi objeto de análise acima, com a rejeição de tal argumentação. Mantida a infração.

Relativamente à infração 08, noto que o autuado reconheceu o cometimento da ilicitude apontada no Auto de Infração, apenas invocando em seu favor as disposições do artigo 158 do RPAF/99 e § 7º do art.42 da Lei n. 7.014/96.

Os dispositivos aduzidos pelo autuado cuidam da redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento do tributo.

Ora, no presente caso, restou evidenciado o cometimento da irregularidade – fato admitido pelo próprio autuado – e mesmo que tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação, não restou provado que a inutilização dos documentos fiscais não implicou em falta de recolhimento do imposto. Dessa forma, rejeito o pedido de redução ou cancelamento da multa. Infração subsistente.

No que concerne às infrações 05, 09 e 10, constato que o autuado não apresentou qualquer impugnação, significando dizer que reconheceu, tacitamente, o cometimento das irregularidades apontadas nestes itens da autuação.

Desse modo, as infrações 05, 09 e 10 são subsistentes.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente, e as infrações 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 10 subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n. **279116.1203/10-7**, lavrado contra **EMPRESA EDITORA A TARDE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 70.322,35**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 64.561,37 e de 60% sobre R\$ 5.760,98, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “a”, II, alínea “a”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$199.768,25**, previstas no art. 42, incisos XI, XIX, XVIII, alíneas “b” e “c”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/2005.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR