

A. I. N ° - 120018.0102//11-5
AUTUADO - BONI ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 06/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exclusão pela autuante de notas fiscais comprovadamente escrituradas e incluídas por equívoco no levantamento fiscal e alterada para 1% a multa de 10% indicada na apuração fiscal em desacordo a previsão do inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96, nas operações com fase de tributação encerrada reduziu o débito apurado em ambas as infração. Infrações parcialmente caracterizadas. Afastada a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 29/06/2011, para exigir crédito tributário, no valor total de R\$53.875,36, em razão dos seguintes fatos:

Infração 01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, agosto e novembro de 2006, janeiro a abril, junho e setembro a dezembro de 2007. Indicada multa no montante de R\$52.755,51, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

Infração 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Indicada multa no montante de R\$1.119,85, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por meio de seu advogado, com procuração à fl. 24, apresenta defesa fls. 17 a 23, de início, requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado, sob pena de nulidade.

Depois de reproduzir o teor das infrações articula os argumentos a seguir enunciados.

Em sede de preliminar, considerando que foi intimado do lançamento em 12/07/11, para cobrança de valores relativos a fatos ocorridos em 2006, operou, assim, a decadência de qualquer crédito tributário relativo ao mencionado período de 2006, até a data da intimação, ex vi do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN, cujo teor reproduz.

Assinala que tendo procedido o auto-lançamento do ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias que realizou e atendido às obrigações acessórias determinadas em lei, e, ademais, tendo feito o recolhimento do imposto devido aos cofres públicos do Estado da Bahia, não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do

imposto ou das obrigações acessórias, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como vem erroneamente entendendo o Fisco Estadual.

Afirma que inexistente incompatibilidade alguma esta circunstância com o artigo 965 do Regulamento do ICMS-BA, ao reproduzir a disposição esculpida no artigo 173, I, do CTN, conforme se evidencia da sua própria redação que transcreve.

Sustenta que ao estabelecer que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “poderia” ter sido efetuado, a norma em questão está sendo direcionada para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS ou não tendo atendido qualquer dispositivo pertinente a obrigações acessórias, impondo-se repisar, mais uma vez, que tal situação não se verificou no caso presente.

Assevera que este é o entendimento pacificado já pelo Superior Tribunal de Justiça e para ilustrar seu entendimento colaciona excertos das respectivas ementas de julgados dessa C rte: [STJ. Recurso Especial no. 183.603/SP. 2a Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 15.05.2001. DJ de 13/08/2001] e [STJ. Embargos de Divergência no Recurso Especial no. 101.407/SP. 1a. Seção. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 07/04/2000. Publicado na Revista Dialética de Direito Tributário no 58].

Assinala que desta forma, emerge a decadência do pretensão crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 12/07/2006, posto que o Estado deixou de ultimar as medidas cabíveis visando a satisfação do seu direito de exigência do tributo dentro do prazo estabelecido em lei, não havendo como subsistir, portanto o lançamento vergastado.

Acrescenta que o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme acórdão que anexa à defesa, proferido nos autos da Apelação Civil 15909-0/2006, revela idêntico entendimento.

Observa que somente foi regularmente intimada em 12/07/2011, quando já configurada a decadência.

Pondera que deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal n  08, cujo teor reproduz.

Suscita ainda como preliminar da nulidade da autuação (itens 01 e 02), posto que, de acordo com os demonstrativos intitulados “NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS”, que lhes foram entregues para o exercício da defesa, foi baseada em “informações de terceiros”, não existindo no PAF as notas fiscais supostamente não escrituradas. Prossegue afirmando que consta inclusive dos tais demonstrativos que o CNPJ do “destinatário” “não teria sido informado”, o que igualmente impõe insegurança na determinação da infração. Por outro lado, a “listagem” das notas, sozinha, não é suficiente para sustentar a pretensão fiscal, conforme tem decidido o CONSEF, reproduzindo as ementas dos Acórdãos 2a CJF N.é 2572000; 1a JF N  0105-01/02 e CJF N  0365-11/06.

Ao cuidar do mérito, observa que, caso superadas as questões prejudiciais apontadas, cumpre observar que os CFOPs listados nos demonstrativos do Auto de Infração indicam que muitas das supostas operações, se efetivas, diriam respeito a devoluções e, sendo a Autuada optante pelo sistema do Lucro Real, não faria qualquer sentido a ausência de lançamento das notas, eis que teria direito aos créditos de ICMS (se as saídas foram tributadas), PIS, COFINS, IR e CSSL.

Destaca que os mesmos demonstrativos revelam operações, em sua maioria, internas, hipótese em que, de acordo com a atividade que desenvolve, se reportariam a entradas com a fase de tributação encerrada (100% no caso das operações internas), posto que os fornecedores são responsáveis pela retenção do imposto, na qualidade de sujeitos passivos por substituição tributária, na forma do art. 353, II, 9, do RICMS, e seu   5 , inciso I.

Afirma que, conforme LRE anexo, não se credita de créditos fiscais e, eis que as aquisições são escrituradas na rubrica “isentas ou outras”. Prossegue revelando que, se cabível a multa, seria de 1% (e não 10%), sobre todas as operações internas que não geram créditos do ICMS (isentas e outras), como previsto no art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96, que prevê tal percentual de “1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

Pondera que mesmo se as mercadorias tivessem entrado em seu estabelecimento, a sua atividade, e as notas listadas, indicam que as operações não mais estariam na cadeia de tributação, inclusive, em sua maioria, não gerando créditos fiscais. Por isso, sustenta que a sanção cabível, no item 01, seria equivalente ao item 02, ou seja, de 1% sobre o valor comercial das “operações”.

Assevera que algumas notas fiscais (não colacionadas ao PAF), provavelmente, tiveram as informações dos dados lançadas de forma equivocada, no que concerne às datas (próximas), numeração e fornecedores. Frisa que de acordo com a relação anexa, fl. 31, deve ter havido troca de informações sobre as Notas Fiscais de n°s 5957, 1738, 1758, 662, 1843, 2000 e 27, que foram devidamente lançadas no SINTEGRA e em seu livro Registro de Entradas - LRE (sem créditos), como se pode auferir pelos valores e datas próximas.

Sustenta que diante da ausência das notas fiscais e, por via conexa, da insegurança na autuação, ao menos os valores pertinentes aos documentos acima referidos, no total de R\$283.390,06, devem ser excluídos da cobrança.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, caso as notas sejam apresentados, novo prazo para defesa. Conclui requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal às fl. 45, depois sintetizar as razões de defesa apresentadas pelo impugnante alinha as seguintes ponderações.

Quanto à discussão sobre decadência afirma que não procede, haja vista que o próprio autuado citou a lei onde está claro que a decadência começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento seria efetuado.

No tocante às notas fiscais listadas, informa que as mesmas são identificadas pelo número, CFOP, CNPJ do fornecedor, ou seja, com todas as condições de serem identificadas.

A autuante acata, as alegações da autuada quanto ao valor da multa tendo em vista a atividade do estabelecimento autuado e o disposto no art. 353, II, 9 e §5º, I do RICMS-BA/97.

Conclui opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, devendo a autuada recolher aos cofres públicos, o valor de R\$6.395,41 conforme Demonstrativo de Débito que anexa às fls. 46 e 47.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, fl. 49, o impugnante se manifesta à fl. 52, reiterando integralmente a defesa apresentada em 10/08/11, inclusive a preliminar de decadência, e de nulidade pela ausência das notas fiscais supostamente não escrituradas, devendo inclusive ser observado que dos demonstrativos consta que o CNPJ do “destinatário” “não teria sido informado”, o que igualmente impõe insegurança na determinação da infração. Renova os pleitos de nulidade ou improcedência do lançamento, ou ao menos de exclusão das notas não reconhecidas e que não constam do Auto de Infração em vias válidas, e da manutenção, no máximo, da pena de 1% sobre as notas exibidas em primeira via ou via do fisco de destino.

A autuante presta nova informação fiscal, fl. 56, afirmando que apensou às fls. 58 e 59 e 61 a 63, a relação de notas fiscais emitidas pela autuada para a empresa BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADO LTDA., conforme levantamento por ela efetuado.

Informa que também anexa novos demonstrativos de apuração das infrações, fls. 57 e 60.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, devendo a autuada recolher aos cofres públicos, o valor de R\$277,42, conforme Demonstrativo de Débito anexado a este PAF.

O autuado ao tomar ciência da informação fiscal se pronuncia à fl. 71, reiterando todos os seus argumentos aduzidos em sua defesa e nas manifestações anteriores.

Em nova informação fiscal prestada, fl. 74, a autuante destaca que neste processo consta a relação das notas enviadas pelo Grupo WAL-MART – BOMPREGO SUPERMERCADOS LTDA - referente a mercadorias adquiridas junto ao autuado, bem como cópia dos emails trocados com a referida empresa acerca da solicitação das notas fiscais.

Observa que devido ao volume e o fato de serem de filiais diversas, o responsável pelo setor competente do Grupo solicitou que fosse enviada uma relação das notas fiscais de compras efetuadas na BONI ALIMENTOS como medida de praticidade. Frisa que, por se tratar de uma empresa idônea, e já tendo dados levantados através do SINTEGRA, aquiesceu com a solução.

Conclui sugerindo que, caso a autuada se insurja contra o levantamento do Grupo WAL-MART, e de fato não reconheça os documentos arrolados, solicita que a mesma faça uma declaração de que as notas não foram emitidas pela autuada e que as tais transações não foram realizadas.

Constam às fls. 78 a 87 que o autuado ingressou no REFIS apresentando Termo de Confissão de Dívida com base na Lei nº 12.903/13, e procedera ao recolhimento do valor de R\$277,42, correspondente ao débito apurado na informação fiscal à fl. 56, com demonstrativo de débito às fls. 57 e 60.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação - infração 01 e não tributáveis - infração 02 sem o devido registro na escrita fiscal.

Inicialmente, devo apreciar a arguição defensiva de que o direito de a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído.

Consoante disposição do art. 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS-BA/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o §5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considere 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.

Logo, o lapso temporal para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança janeiro de 2006 a dezembro de 2007, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com termo final em 31/12/2011.

Assim, como o auto de infração foi lavrado em 29 de junho de 2011, e registrado no SIPRO (Sistema de Registro de Processos da SEFAZ), no dia 05 de julho de 2011, conforme pode ser constatado no documento colacionado à fl. 16, considero que o lançamento tributário se concretizou, independente da ciência do autuado, restando presente no mundo jurídico o direito subjetivo de a Fazenda Pública cobrar o tributo, com o nascimento para o contribuinte da obrigação de pagá-lo. Não há, portanto, no caso em análise, que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Nestes termos, não deve prosperar a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

Adentrando no mérito da lide, observo que o impugnante ao se defender da falta de registro em sua escrita fiscal asseverou que muitas das operações listadas no levantamento fiscal dizem respeito a devoluções. Sustentou também que maior parte das operações listadas na apuração da infração 01 são de entradas de mercadorias com a fase de tributação encerrada posto que os fornecedores são responsáveis pela retenção do imposto na qualidade de sujeitos passivos por substituição tributária na forma do art. 353, II, 9, do RICMS-BA/97, e que por isso a multa aplicada deveria ser de 1%, e não 10%, como fora indicada. Apontou que as Notas Fiscais de n.ºs 5957, 1738, 1758, 662, 1843, 2000 e 27, obtidas no SINTEGRA foram devidamente lançadas em seu livro Registro de Entradas - LRE e, portanto, devem ser excluídas do levantamento fiscal.

A autuante ao proceder a informação fiscal acolheu o pleito do impugnante com relação as operações com fase de tributação já encerrada e ajustou a multa para 1%. Acatou também o pedido para exclusão das notas fiscais para as quais que restou demonstrado constarem dos registros no LRE. Elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 46 e 47, reduzindo o débito da Auto de Infração para R\$6.395,41.

Em nova informação fiscal com na ralação de notas fiscais fornecidas pela empresa BOM PREÇO SUPERMERCADOS LTDA. refez o levantamento fiscal, fls. 58 e 59, 61 a 63, cujo resultado reduziu o valor do débito do Auto de Infração para R\$ 277,43, sendo R\$170,13 - infração 01 e R\$107,29 - infração 02, fls. 57 e 60.

Ao compulsar os elementos que compõem a peça acusatória e os demais decorrentes do contraditório constato que a autuante ao promover as correções no levantamento fiscal ao longo de suas intervenções procedera aos ajustes de forma acertada contemplando as exclusões e adequações de acordo com a legislação aplicável e lastreada no reexame correto da documentação e escrita fiscal do impugnante.

Logo, acolho o último demonstrativo de apuração e débito elaborado pela autuante e carreado aos autos, fls. 57 e 61 e considero parcialmente caracterizadas os dois itens que constitui o presente Auto de Infração.

Constam dos autos, fls. 78 a 87, cópias de documentos que comprovam a adesão do autuado ao REFIS Lei nº 12.903/13, inclusive, comprovante de pagamento do débito confessado que corresponde ao valor apurado no último demonstrativo de débito apurado pelo autuante, fl. 57 e 60, no valor de R\$277,43.

Assim, com o reconhecimento e recolhimento pelo impugnante, resta evidenciada e inexistência de lide em torno do valor do débito remanescente apurado.

Quanto à solicitação do impugnante para que todas as notificações e intimações relativas ao feito sejam enviadas para o endereço do escritório do seu patrono, conforme consta no rodapé da fl. 17, saliento que nada obsta que a Secretaria deste Conselho atenda ao pleito, entretanto deve restar patente que o eventual não atendimento não se configura motivo para nulidade, haja vista que os critérios para realização de intimações estão elencados no art. 108 do RPAF-BA/99, não contemplando, sob pena de nulidade, essa obrigatoriedade.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0102//11-5**, lavrado contra **BONI ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$277,43**,

prevista no artigo 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de janeiro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADOR