

A. I. N° - 206892.9051/11-4
AUTUADO - CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MAURÍCIO JOSÉ COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 03.07.2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-01/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. CRÉDITOS FICTÍCIOS NA DMA. Discrepância entre o cerne da acusação fiscal e os fatos reais. A acusação é de que se trata de imposto lançado e não recolhido, mas no curso do processo ficou patente que não se trata de imposto lançado e não recolhido – a questão seria relativa à glosa de crédito fiscal. Feita prova, pelo contribuinte, de que houve erro na transposição do saldo credor, fato que implica alteração dos valores apurados nos meses seguintes. Necessidade de ser feita a reconstituição da conta corrente do contribuinte. Lançamento nulo, por mudança no fulcro da autuação e por falta de certeza e liquidez. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Feita prova da existência de erros no levantamento fiscal, relativamente à apuração do valor monetário da base de cálculo e a elementos quantitativos extraídos das Notas Fiscais e lançamento de documento em duplicidade. Informação fiscal insuficiente. Diligência para ser prestada nova informação. Omissão reiterada de manifestação da autoridade autuante quanto às questões detalhadamente suscitadas pelo contribuinte e às provas por este apresentadas. Alteração da base de cálculo pela autoridade autuante, sem demonstração das razões da modificação efetuada. Não cumprimento da diligência para correção dos erros apontados, situação agravada com a alteração da base de cálculo originária sem explicação dos motivos. Lançamento nulo por falta de certeza e liquidez. b) DIFERENÇAS TANTO DE ENTRADAS QUANTO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. LANÇADO O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR VALOR, A DAS SAÍDAS. Provada a existência de erros no levantamento fiscal, primeiro, por divergência entre o valor monetário apurado no demonstrativo fiscal e o valor lançado no Auto de Infração, e segundo, por inexatidão dos elementos quantitativos extraídos das Notas Fiscais. Informação fiscal insuficiente. Diligência para ser prestada nova informação. Omissão reiterada de manifestação da autoridade autuante quanto às questões detalhadamente suscitadas pelo contribuinte e às provas por este apresentadas. Alteração da base de cálculo pela autoridade autuante,

sem demonstração das razões da modificação efetuada. Não cumprimento da diligência para correção dos erros apontados, situação agravada com a alteração da base de cálculo originária sem explicação dos motivos. Lançamento nulo por falta de certeza e liquidez.

3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

a) OPERAÇÕES ISENTAS. Lançamento não impugnado pelo contribuinte.

b) BENS DO ATIVO PERMANENTE. Fato descrito de forma insatisfatória. É legítimo o crédito relativo a bens do ativo imobilizado. Percebe-se, em vista do demonstrativo fiscal, que o crédito foi utilizado por inteiro, de uma só vez, em vez de ser feito o creditamento à base de 1/48 ao mês. Mantido o lançamento.

c) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo.

4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Incluídas no levantamento uma Nota Fiscal cancelada e duas Notas de vendas para não contribuinte, além de Notas Fiscais relativas a mercadorias que à época não se encontravam enquadradas no regime de substituição tributária. Lançamento indevido.

5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Feita prova de que foram incluídas no levantamento Notas Fiscais que, nos termos do art. 409, § 3º, do RICMS/97, não teriam destaque do imposto, bem como Notas Fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em cujas saídas se considera encerrada a fase de tributação. Lançamento indevido.

6. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. O autuado não havia ainda firmado Termo de Acordo com o fisco baiano para fazer jus ao benefício. A assinatura do referido termo não é uma mera formalidade. Apesar de o benefício decorrer da norma legal, e não do termo de acordo, é através do termo que a autoridade fiscal competente declara que o pretendente preenche os requisitos legais para fruição do benefício. Os efeitos do termo não retroagem. Está caracterizada a infração.

Lançamento mantido.

7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO.

a) FALTA DE PAGAMENTO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento.

b) MULTA PERCENTUAL SOBRE PARCELA QUE DEIXOU DE SER PAGA POR ANTECIPAÇÃO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS CUJA SAÍDA POSTERIOR FOI TRIBUTADA NORMALMENTE. Fato demonstrado nos autos. Lançamento mantido.

8. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Feita prova de que parte dos documentos se encontrava registrada no livro próprio. Reduzido o

valor da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/9/11, acusa os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – o contribuinte registrava as operações no livro próprio, porém escriturava créditos fictícios no [na] DMA –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 162.061,74, com multa de 50%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o registro na sua escrita, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.640,14, com multa de 70%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2007), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.875,30, com multa de 70%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, sendo glosado crédito no valor de R\$ 265,20, com multa de 60%;
5. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento [sic], sendo glosado crédito no valor de R\$ 169,83, com multa de 60%;
6. falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 823,92, com multa de 60%;
7. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.742,71, com multa de 60%;
8. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, sendo glosado crédito no valor de R\$ 404,64, com multa de 60%;
9. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, sendo lançado imposto no valor de R\$ 252.350,26, com multa de 60%;
10. falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 227.437,71, com multa de 60%;
11. multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de se pagar por antecipação parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, com saída posterior tributada normalmente – multa de R\$ 24.355,47;
12. falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação [pelo ICMS], sendo por isso aplicada multa de R\$ 68.047,71, equivalente a 10% do valor comercial das entradas não escrituradas.

Na defesa (fls. 699/727) o autuado demonstra a tempestividade de sua impugnação.

Suscita em preliminar a nulidade do Auto de Infração alegando a fragilidade do lançamento, que tomou por base demonstrativos com diversos erros, tornando-os inseguros e imprecisos, implicando falta de certeza e liquidez e por conseguinte cerceando o direito de defesa. Toma por fundamento o art. 18, IV, “a”, do RPAF. Argumenta que o lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, determinar e aplicar a alíquota e com isso calcular o tributo devido. Aduz que é tão importante a clareza e precisão, tanto do Auto de Infração quanto dos demonstrativos, que somente a previsão do art. 18 do RPAF não foi suficiente, e os arts. 28, § 4º, e 39, incisos III e IV, trazem o regramento para essa matéria. Sustenta que inexistindo certeza ou liquidez do crédito ofende-se o contraditório e a ampla defesa, o que enseja a nulidade do procedimento fiscal, conforme decisões deste Conselho que transcreve. Insiste em que não foi concedida ao autuado a faculdade de proceder à sua defesa de forma satisfatória, haja vista os diversos erros cometidos ao longo da fiscalização e consumados nos demonstrativos apresentados pelo autuante, impedindo o acesso às informações que justificariam o seu comportamento fiscal, denegando a sua plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade do procedimento, uma vez que um procedimento só se legitima se for assegurado o devido contraditório, com todos os meios de defesa a ele inerentes, conforme vem decidindo o STJ, ao entender que a falta de clareza na indicação e imprecisão do valor do débito geram prejuízo para a defesa do contribuinte, ocasionando a nulidade, conforme decisão no REsp 1.204.284/AC. Aduz que, mantendo-se este lançamento com os vícios assinalados, a CDA [certidão de dívida ativa] também será nula e a cobrança não poderá ser levada adiante, correndo o Estado o risco de arcar com o ônus da sucumbência, em face da impossibilidade da cobrança pela inexistência de liquidez e certeza e não observância do art. 202, III, do CTN. Cita doutrina.

Numa segunda preliminar, alega a prescrição dos créditos lançados nos itens 1º, 5º, 6º, 9º, 10 e 12, haja vista se referirem a fatos geradores dos meses de janeiro a setembro do exercício de 2006, enquanto que o contribuinte somente foi intimado da lavratura deste Auto em 19.10.11, portanto 5 anos após a ocorrência dos fatos geradores. Chama a atenção para a regra do art. 150, § 4º, do CTN, segundo a qual, expirado o prazo de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, sem que a fazenda pública tenha se pronunciado, se considera homologado o lançamento e extinto o crédito, em se tratando de imposto cujo lançamento se dá por homologação e não implique falta de pagamento do tributo. Observa que o ICMS é um tributo desse tipo, pois a autoridade fazendária apenas confere a regularidade formal do lançamento que foi efetuado pelo contribuinte, e o prazo para a fazenda pública efetuar a homologação, corrigindo eventualmente possíveis equívocos, é de 5 anos, a contar da data do fato imponível. Conclui sustentando que neste caso a prescrição está explícita, pois se trata de mercadorias incluídas na substituição tributária, cujo imposto foi pago por antecipação. Adverte que não há por que se falar em enquadramento no art. 173, I, do CTN, que trata da regra geral para a prescrição, pois o presente caso preenche todos os requisitos descritos no art. 150, § 4º, do CTN, já que se trata de um imposto cujo lançamento se dá por homologação, inexistindo a falta de pagamento, de modo que em outubro de 2011 todos os créditos referentes ao período compreendido de janeiro a setembro de 2006 estão homologados tacitamente e extintos de forma definitiva.

Quanto ao mérito, no tocante ao item 1º, o autuado alega que o fiscal se equivocou ao considerar serem fictícios os créditos lançados na DMA, atentando contra a boa-fé do contribuinte ao supor que tais lançamentos teriam o intuito de eliminar o pagamento dos impostos devidos. Aduz que sua empresa atua no ramo de comércio de bebidas, cujos produtos comercializados são “substituídos” e enquadrados na antecipação parcial, e, além disso, a empresa possui um grande saldo credor de ICMS, que é decorrente das suas operações diárias, não sendo necessário usar artifícios escusos para aumentar seus créditos, uma vez que ao final da sua apuração mensal não há saldo de imposto a pagar, sendo que em dezembro de 2005 possuía no seu resumo da apuração, conforme documento anexo, um saldo credor a transportar para o período seguinte no valor de R\$ 336.237,05, mas, ao fazer o registro desse crédito no período subsequente, a contabilidade da

empresa, por equívoco, não o fez na totalidade no mês de janeiro de 2006, mas sim de forma parcelada durante os meses subsequentes.

Impugna também o item 2º alegando que o levantamento de estoque efetuado não merece confiança por estar contaminado por diversos equívocos, conforme passa a especificar.

Observa que no demonstrativo do exercício de 2006 o valor da base de cálculo indicada é de R\$ 13.481,98 e não de R\$ 21.412,52, como foi lançado no Auto.

Prosegue dizendo que diversas Notas Fiscais também foram lançadas com equívoco, e dá exemplos:

- a) a Nota Fiscal 7586 (saídas), na qual constam 2 unidades de conhaque Domecq, e não 4 unidades, como foi lançado no demonstrativo;
- b) a Nota Fiscal 21962 (entrada), que é relativa a vodka Smirnoff Ice, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – champanhe Veuve Clicquot;
- c) a Nota Fiscal 15749 (entrada), que se refere a vodka Smirnoff, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – vinho Malbec Shiraz 750;
- d) essa mesma Nota Fiscal 15749 foi mais adiante lançada em duplicidade com novo equívoco quanto ao tipo de mercadoria, lançando como se fosse champanhe Veuve Clicquot.

Impugna também o 3º item, alegando que, do mesmo modo que o item anterior, o levantamento do estoque de 2007 também não merece confiança, uma vez que se encontra contaminado por diversos equívocos:

- a) no demonstrativo de estoque o fiscal encontrou um total de supostas omissões de saídas de R\$ 6.945,55, mas lançou no Auto o valor de R\$ 11.031,17;
- b) além disso, houve equívoco no lançamento de algumas Notas Fiscais, a exemplo da Nota Fiscal 9773 (saída), na qual constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade, como consta no demonstrativo.

Quanto ao item 5º, o autuado reitera que já decorreram mais de 5 anos e já houve homologação tácita. Ressalta que o fato não implicou qualquer prejuízo ao erário baiano, uma vez que o RICMS permite a utilização de crédito de material destinado ao ativo permanente, no art. 106.

Com relação ao item 6º, diz que não concorda com a imputação fiscal, haja vista a fragilidade e insegerurança de toda a autuação, destacando neste item os seguintes erros:

- a) a Nota Fiscal 10989 foi cancelada;
- b) a Nota Fiscal 9957 foi emitida para não contribuinte;
- c) a Nota Fiscal 9921 foi também emitida para não contribuinte;
- d) esta infração diz respeito a substituição tributária, e, inexistindo esta, não há por que se reter o ICMS nas vendas internas, de modo que a empresa não procedeu à retenção do imposto simplesmente porque nos períodos considerados as mercadorias não estavam incluídas na substituição tributária prevista no art. 353, II, 2, do RICMS. Observa que a redação originária do supracitado dispositivo, até 30.9.05, incluía os tipos de bebidas comercializados pela empresa na substituição tributária, época em que seria responsável pela retenção do imposto quando desse saída daquelas mercadorias para contribuintes dentro do Estado, porém o Decreto nº 9.547/05 alterou o RICMS, ficando na substituição tributária apenas cervejas e chopes, excluindo as demais bebidas, surtindo aquele decreto efeitos entre 1.10.05 e 31.3.09, quando foi publicado o Decreto nº 11.462/09, cujos efeitos permaneceram até 31.12.09, quando foi dada nova redação ao dispositivo regulamentar pelo Decreto nº 11.806/09, com efeitos a partir de

1.1.10. Por essas razões, conclui dizendo não restar dúvida de que as operações realizadas estão corretas, tendo agido dentro da legalidade.

Quanto ao item 7º, alega que o levantamento efetuado pelo fiscal não pode ser levado em conta por se encontrar eivado de vícios que o maculam tornando-o impreciso, incerto e ilíquido, implicando sua nulidade, nos termos do art. 18, IV, do RPAF, haja vista as irregularidades que passa a assinalar.

Diz que o fiscal incluiu no levantamento diversas Notas Fiscais de vendas em consignação, operações estas em que não deve haver destaque do imposto, inexistindo assim o suposto erro na aplicação da alíquota. Indica as Notas Fiscais em que ocorreu a situação assinalada. Argumenta que a consignação mercantil é uma operação em que a mercadoria é entregue a um contribuinte a fim de que este proceda à sua venda, e caso esta não seja realizada pode a mercadoria ser devolvida sem o pagamento ou recebimento de qualquer valor, estando isso previsto no art. 409 do RICMS. Explica que efetua regularmente operações de consignação mercantil, e somente faz o faturamento das mercadorias quando a venda a terceiro é efetuada, emitindo Nota Fiscal sem o destaque do imposto e contendo como natureza da operação “Venda” e a indicação do CFOP 5.144, entre outros, agindo em conformidade com o art. 409, § 3º, do RICMS.

Além disso, prossegue, houve ainda os seguintes equívocos:

- a) inclusão de mercadoria recebida com substituição tributária (bebida energética);
- b) erro na alíquota de produto alimentício;
- c) no tocante à Nota Fiscal 13264, o fiscal alterou a alíquota da mercadoria “molho Tabasco”, que, por se tratar de um alimento, é tributada em 17%, e não em 27%, como consta no demonstrativo;
- d) as Notas Fiscais 12208 e 10355 referem-se à mercadoria Saké Azuma Kirin, que é uma espécie de saké utilizado na culinária e não como bebida alcoólica, conforme Notas Fiscais anexas, juntamente com informativo do fabricante deste tipo de saké, diferenciando-se do saké utilizado como bebida alcoólica, de modo que a alíquota também deve ser de 17%, e não de 27%, como foi lançado no demonstrativo fiscal;
- e) as Notas Fiscais 8112, 8213, 8364, 8374, 8432, 9421, 9515, 9516, 13326, 13457, 13622, 13639 e 13975 referem-se à mercadoria Flying Horse, que é uma bebida energética, e portanto está incluída na substituição tributária prevista no art. 353, II, item 3.5, do RICMS, não havendo por que se falar em erro na aplicação da alíquota, devendo tais Notas ser excluídas do levantamento.

Quanto ao item 9º, reitera a questão da prescrição. No mérito, contesta a acusação de que teria utilizado de forma irregular o benefício previsto no Decreto 7.799/00, por não haver termo de acordo firmado. Alega que sua empresa é atacadista do comércio de bebidas, e como tal, em princípio, já faria jus ao benefício previsto no citado decreto, e a exigência de assinatura de termo de acordo é uma formalidade, não devendo ser empecilho para que todos os contribuintes da mesma categoria façam jus ao mesmo benefício, sob pena de atentar-se contra o princípio da isonomia tributária, contemplado no art. 150 da Constituição, inspirado no princípio da igualdade formal dos cidadãos, prevista no art. 5º, para que seja dado tratamento igualitário também entre os contribuintes. Alega que por três vezes sua empresa peticionou à Secretaria da Fazenda, solicitando a assinatura do termo de acordo, tendo sido surpreendida com o indeferimento dos seus pedidos, sem a menor justificativa, e somente agora, em 2011, foi que o Estado da Bahia acatou o pedido formulado por diversas vezes, assinando o referido termo. Protesta que, não obstante sua empresa preencher os requisitos previstos no Decreto 7.799/00 para a assinatura do termo de acordo, a fim de tornar possível o benefício fiscal a que tem direito, o Estado indeferiu os pedidos protocolados, causando-lhe prejuízos com a concorrência desleal de outros atacadistas que já possuíam o termo de acordo e podiam usar o benefício da redução da base de

cálculo. Argumenta que, por não ter dado causa à demora na concessão do termo de acordo, e sendo este uma mera formalidade, os efeitos do termo deveriam ser “ex tunc”, ou seja, deveriam retroagir para a data do primeiro pedido, a fim de evitar prejuízos ao contribuinte, e, pior, um tratamento tributário desigual, com ofensa ao princípio da isonomia. Sustenta que o benefício é concedido por meio de decreto, e não por meio de termo de acordo, que é mero instrumento acessório de reconhecimento do benefício. Fundamenta o argumento do efeito retroativo do benefício na doutrina do direito civil acerca da classificação dos atos jurídicos quanto aos seus efeitos, citando Maria Helena Diniz, e conclui que os atos constitutivos operam efeitos “ex nunc”, enquanto que os atos declaratórios operam efeitos “ex tunc”.

Quanto ao item 10, repete a tese da prescrição parcial do lançamento. No mérito, sustenta que não causou qualquer prejuízo ao erário, uma vez que ao deixar de efetuar o recolhimento da antecipação parcial também deixou de utilizar o crédito decorrente desse pagamento, tendo efetuado o recolhimento do imposto normal quando da saída das mercadorias. Alega que, mantendo-se esse lançamento, estará sendo cobrado imposto em duplidade, pois o tributo já foi pago nas saídas das mercadorias. Apela para a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com relação ao item 11, alega que neste caso o próprio autuante reconhece que as saídas posteriores foram tributadas, de forma que resta comprovada a inexistência de prejuízo ao fisco.

No tocante ao item 12, relembra a preliminar de prescrição. Quanto ao mérito, alega que o lançamento se baseou em informações equivocadas, conforme Notas Fiscais que apresenta, para provar os seguintes erros do lançamento:

- a) Notas Fiscais efetivamente lançadas na escrita fiscal, apontadas no demonstrativo fiscal como se não estivessem escrituradas. Juntou cópias do Registro de Entradas e das Notas Fiscais correspondentes, relativamente aos exercícios de 2006 e 2007;
- b) a Nota Fiscal 8618 foi desconsiderada em virtude de o remetente ter usado o nome antigo da empresa, ao invés do nome atual, sendo a comprovação feita com os demais dados da empresa, que continuam os mesmos;
- c) a Nota Fiscal 165417 foi lançada no demonstrativo fiscal com o número errado (165717);
- d) o valor da Nota Fiscal 19980 é de R\$ 8.208,00, e o fiscal lançou no demonstrativo como sendo R\$ 16.416,00;
- e) diversas Notas Fiscais são de material de uso e consumo, e portanto não foi efetuado o registro na escrita por não se tratar de mercadoria a ser comercializada posteriormente, sendo feita a prova com a juntada das referidas Notas Fiscais e do comprovante de inscrição no CNPJ dos fornecedores, a fim de comprovar a natureza da atividade.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou no máximo improcedente, alegando que os documentos apresentados, embora por amostragem, demonstram a incorreção da autuação, requer a realização de prova pericial, nos termos do art. 145 do RPAF. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 945/947) dizendo que estaria se pronunciando em atenção à diligência determinada à fl. 943 [sic]. Diz que não entendeu o que pretende a patrona do autuado com relação à preliminar de tempestividade, pois desconhece o que seja tempestividade no contexto defensório em análise.

Com relação à preliminar de nulidade, considera que não existe questionamento de qualquer matéria de fato que justifique sequer a apreciação dessa preliminar, pois o Auto de Infração foi lavrado com especial clareza e precisão, contendo todos os elementos probatórios e demonstrativos cabíveis para circunstanciar as infrações.

No tocante à alegação de prescrição, o fiscal diz que, como o Auto de Infração foi lavrado ainda em 2011, é legítima a apuração de tributos devidos desde 1.1.06.

No mérito, quanto ao item 1º, diz que foi considerado o saldo credor existente em dezembro de 2005 e transferido para janeiro de 2006 no valor de R\$ 126.357,85 (fl. 386), e o valor indicado na defesa não corresponde à justificativa apresentada. Aduz que outros créditos não devidamente comprovados com a documentação de origem não foram realmente considerados, e para o autuado elidir a ação fiscal basta apresentar a documentação que dê suporte a qualquer crédito porventura não considerado.

Quanto aos itens 2º e 3º, considera que o contribuinte se equivocou, pois a alteração na base de cálculo por ele alegada decorre da necessidade de se converter o montante apurado para a alíquota de 17% para fins de uniformização de alíquotas quando do registro do Auto de Infração. Aduz que os valores relativos aos tributos apurados foram mantidos, porém, em razão de as diferenças apuradas estarem relacionadas à comercialização de bebidas, e por isso terem uma alíquota diferenciada, a base de cálculo foi alterada [sic] no demonstrativo de débito do Auto de Infração para que pudesse ser empregada a alíquota de 17%, sem prejuízo do valor do imposto apurado.

No tocante ao item 5º, diz que foi apurada a natureza da operação, com o código correspondente, mas infelizmente o autuado desconhece os critérios legais para utilização dos créditos fiscais decorrentes de aquisições para o ativo permanente.

Relativamente à alegação de prescrição, considera que se trata de questionamento impróprio, que já foi abordado em questão preliminar.

Com relação ao item 6º, considera que a defesa mais uma vez se mostra equivocada, pois de fato é uma infração aplicada pela não retenção do ICMS devido na condição de contribuinte solidário [sic] nas operações de venda de mercadoria para contribuintes desabilitados, conforme consta nos demonstrativos às fls. 69/80.

Quanto ao item 7º, informa que durante o levantamento foram levados em conta os CFOPs indicados nos documentos fiscais, não se revelando procedentes as alegações do “recorrente”.

Com relação ao item 9º, informa que de fato o autuado é uma empresa atacadista do comércio de bebidas, atendendo às condições da adesão ao termo de acordo previsto no Decreto 7.799/00, que reiteradamente solicitou, porém durante o período contemplado na ação fiscal o contribuinte não o tinha, razão pela qual foi lavrada a “ocorrência” em análise, não sendo pertinentes as alegações da empresa.

No tocante aos itens 10, 11 e 12, o fiscal diz que o “recorrente” não apresentou qualquer elemento fático que desconstituísse a pretensão autuatória, dedicando-se apenas a discutir questões de direito, as quais a seu ver não cabem ser discutidas durante a análise desta peça, que compõe o contencioso administrativo.

Opina pela manutenção dos termos originais da peça autuatória.

O autuado pediu vista do processo e obteve cópia da informação fiscal (fl. 950).

O processo foi dado como instruído e posto em pauta para julgamento (fl. 950-v).

Na sessão de julgamento do dia 29.6.12, o órgão julgador, considerando que a informação fiscal às fls. 945/947 não foi prestada como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, haja vista que o contribuinte, na defesa, apontou com detalhes várias situações que constituiriam erros dos levantamentos fiscais, e na informação fiscal nada foi dito especificamente quanto aos erros indicados pelo autuado, decidiu remeter o processo em diligência à repartição de origem

(fls. 952/957), a fim de que a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos assinalados pela defesa, relativamente aos itens 2º, 3º, 7º e 12.

Na mesma diligência, considerando-se que o item 5º do Auto acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente “mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento”, e tendo em vista que o RICMS, no art. 93, V, “a”, prevê o direito ao crédito de bens do ativo imobilizado, e bens do ativo imobilizado integram a categoria dos bens do ativo permanente, foi solicitado que o fiscal autuante explicasse por qual razão foi glosado o crédito neste caso em exame.

Ainda na mesma diligência, quanto ao item 6º, que cuida da falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, tendo em vista as questões pontuadas pela defesa, e tendo a autoridade autuante na informação dito que a infração consistiu na falta de retenção do ICMS devido na condição de contribuinte “solidário” [sic] nas operações de venda de mercadoria para contribuintes desabilitados, foi solicitado que o autuante prestasse informação abordando os aspectos questionados pelo contribuinte e juntasse aos autos extratos do sistema INC provando que à época dos fatos os adquirentes se encontravam desabilitados.

Em resposta à diligência, o fiscal autuante pronunciou-se (fls. 961/963) dizendo que a informação havia sido prestada com total clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, com a fundamentação necessária.

Quanto ao que foi solicitado envolvendo questões de mérito, considera que a rigor elas deveriam ser elucidadas por preposto estranho ao feito, porque os aspectos solicitados na diligência, pelo menos em tese, jamais poderiam ser dirimidas por uma “parte interessada”. Reporta-se ao art. 131, V, do RPAF, que cuida da possibilidade da realização de diligências ou perícias por funcionário fiscal designado pela repartição competente. A seu ver, se o inciso V do art. 131 desejasse estender tais atribuições ao autuante teria empregado a palavra “designados”, e não “designado”.

Diz que, com relação ao item 2º, concorda com a alegação da defesa de que a base de cálculo é de R\$ 13.481,98, e portanto o imposto a ser lançado é de R\$ 2.291,93. Quanto às Notas Fiscais 7586, 21962 e 15479 e à de numeração “gêmea”, 15479, informa que elas foram obtidas nos arquivos magnéticos do próprio contribuinte, não havendo erro no lançamento, e como a defesa não indicou o impacto financeiro sobre o levantamento, não é possível proceder-se a modificações sobre aspectos não aventados na peça defensória.

No tocante ao item 3º, diz que também concorda com a defesa quanto à alegação de que no levantamento de estoque de 2007 as omissões de saídas são de R\$ 6.945,55, de modo que o imposto a ser lançado é de R\$ 1.180,74.

Com relação ao item 5º, que cuida da glosa de crédito relativo a bem do ativo permanente, informa que se trata da “aquisição de um produto no próprio ano de 2006, e que sabemos ser inadmissível, uma vez que é vedada a apropriação de créditos fiscais oriundos de mercadorias destinadas ao ativo permanente no próprio exercício”.

Quanto ao item 6º, informa que não pode precisar se as vendas a contribuintes desabilitados envolvem volume ou quantidade que indiquem intuito comercial, por se tratar de bebidas, sobretudo pelos volumes e pelo valor de pouca expressão econômica. Aduz que não foi possível juntar cópias de extratos do sistema INC, tendo em vista não terem sido indicadas as inscrições para as quais se destina a solicitação da diligência. Quanto à alegação de que a Nota Fiscal 10989 teria sido cancelada, ou mesmo se as Notas Fiscais 9957 e 9921 teriam sido emitidas para não contribuintes, considera que cabe ao contribuinte acostar aos autos os elementos probatórios que desejar, não sendo admissível a inversão do ônus probatório e não ser designado ao autuante a

tarefa de produzir provas em favor do autuado, assinalando que a busca da verdade real é dever do julgador.

No tocante ao item 7º, pondera que é irrelevante a alegação de que foram incluídas Notas Fiscais de vendas em consignação, pois isso não descarta o dever de aplicar a alíquota correta. Quanto à inclusão de energéticos, diz que as alegações procedem, uma vez que eles estão incluídos no art. 353, inciso II, item 3.5, do RICMS.

Rebate as alegações do contribuinte no que concerne ao item 12, de que diversas Notas Fiscais não registradas são de material de uso e consumo e por isso não foi efetuado o registro, observando que o RICMS vigente à época não previa esse tipo de dispensa. Com relação às Notas Fiscais 8618, 165417 e 19980, diz que concorda com a dedução no mês de dezembro de 2006, resultando a multa de R\$ 3.340,00, aduzindo que neste caso há uma “base de cálculo estimada unicamente para fins do demonstrativo de débito”.

Dada ciência da nova informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 971/983) assinalando que na defesa havia sido suscitada a nulidade do Auto de Infração em virtude da fragilidade do lançamento, baseado em demonstrativos com diversos erros, tornando-o inseguro e impreciso, tendo esse argumento sido reconhecido pelo órgão julgador, que, ao decidir pelo envio dos autos em diligência ao autuante, o fez considerando que não houve clareza e precisão nos fatos apontados na autuação. Observa que são tão importantes a clareza e precisão do Auto e dos demonstrativos que não foi suficiente somente a previsão de nulidade do lançamento prevista no art. 18 do RPAF, e seus arts. 28, § 4º, e 39, III e IV, trazem o regramento para esta matéria, ou seja, o próprio legislador administrativo reconheceu a importância da correta, precisa e clara descrição da infração e sua demonstração, a fim de evitar o cerceamento da defesa do contribuinte e possível cobrança de tributo sem a devida segurança. Cita decisões deste Conselho. Aponta decisão do STJ nesse sentido. Reporta-se à previsão do art. 202, III, do CTN.

Argui em seguida uma preliminar de prescrição, destacando que isso já foi suscitado na defesa.

Quanto ao resultado da diligência, observa que o fiscal autuante reconheceu que a base de cálculo indicada estava equivocada, porém com relação às Notas Fiscais 7586, 21962 e 15749 o fiscal apenas afirmou não ser possível proceder às modificações. Aduz que, considerando a persistência dos erros indicados, chama a atenção para os equívocos, observando que os documentos foram anexados à defesa, pontuando que:

- a) a Nota Fiscal 7586 (saídas), na qual constam 2 unidades de conhaque Domecq, e não 4 unidades, como foi lançado no demonstrativo;
- b) a Nota Fiscal 21962 (entrada), que é relativa a vodka Smirnoff Ice, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – champanhe Veuve Clicquot;
- c) a Nota Fiscal 15749 (entrada), que se refere a vodka Smirnoff, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – vinho Malbec Shiraz 750;
- d) essa mesma Nota Fiscal 15749 foi mais adiante lançada em duplicidade com novo equívoco quanto ao tipo de mercadoria, lançando como se fosse champanhe Veuve Clicquot.

Aduz que, em vista dos equívocos e da fragilidade que esses erros causam ao lançamento, tornando-o inseguro, pugna pelo acatamento da preliminar de nulidade arguída, ou que sejam excluídas as parcelas relativas aos erros apontados.

No tocante ao item 3º, tendo em vista que o fiscal reconheceu que houve erros na auditoria do estoque de 2007, o autuado considera que, em face disso, a auditoria não merece confiança, uma vez que também se encontra contaminada por diversos equívocos já descritos, bem como o da Nota Fiscal 9773 (de saída), anexada à defesa, na qual constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade, como consta no demonstrativo. Pugna pela

nulidade já arguída, e, sendo esta ultrapassada, pelo afastamento das parcelas relativas aos erros apontados.

Quanto ao item 5º, reitera que já decorreram mais de 5 anos e já houve homologação tácita. Ressalta que o RICMS permite a utilização de crédito de material destinado ao ativo permanente, no art. 106. Aduz que o crédito não foi utilizado de forma indevida e não houve prejuízo aos cofres do Estado, e se ainda assim for cogitada alguma irregularidade, esta já teria sido alcançada pela prescrição já consumada.

Com relação ao item 6º, observa que o próprio autuante afirmou que não foi possível precisar se as vendas a contribuintes desabilitados envolvem volume ou quantidade que indiquem intuito comercial, por se tratar de bebidas, sobretudo pelos volumes e pelo valor de pouca expressão econômica, tendo ainda declarado que não foi possível juntar cópias dos extratos do sistema INC. Reitera as alegações quanto à prescrição dos valores relativos aos meses de maio a setembro de 2006.

No mérito, observa que este item cuida da falta de retenção de ICMS nas saídas internas de mercadorias incluídas na substituição tributária. Aduz que, apenas para demonstrar a fragilidade e insegurança de toda a autuação, destaca os seguintes erros do levantamento fiscal:

- a) a Nota Fiscal 10989 foi cancelada;
- b) a Nota Fiscal 9957 foi emitida para não contribuinte;
- c) a Nota Fiscal 9921 foi também emitida para não contribuinte.

Diz que, se não bastasse esses erros, o fato mais relevante neste caso diz respeito à substituição tributária, não havendo por que se falar na obrigação de reter o ICMS nas vendas, de modo que não foi retido o imposto simplesmente porque na época as mercadorias não estavam incluídas na substituição tributária, nos termos do art. 353, II, 2, do RICMS. Observa que a redação originária desse dispositivo, cujos efeitos se estenderam até 30.9.05, incluía os tipos de bebidas comercializadas pela empresa na substituição tributária, porém o Decreto 9547, de 20.9.05, alterou a redação daquele dispositivo, ficando na substituição tributária apenas cervejas e chopes, excluindo os demais produtos. Frisa que este decreto surgiu efeitos entre 1.10.05 e 31.3.09, quando foi publicado o Decreto 11.462, de 10.3.09, cujos efeitos permaneceram até 31.12.09, quando foi substituído pela redação atual, dada pelo Decreto 11.806/09, com efeitos a partir de 1.1.10.

Conclui dizendo que, diante desses aspectos e do reconhecimento do fiscal autuante de não poder precisar se as vendas foram para contribuintes desabilitados, as operações estão corretas e a empresa agiu dentro da legalidade, de modo que o lançamento é improcedente.

Quanto ao item 7º, observa que o fiscal autuante reconheceu os erros apontados na defesa, a exemplo da equivocada inclusão dos energéticos. Aduz que as irregularidades encontradas decorrem do fato de terem sido incluídas no levantamento diversas Notas Fiscais de vendas em consignação, nas quais não deve haver o destaque do imposto, inexistindo assim o suposto erro na aplicação de alíquota. Destaca os seguintes pontos:

- a) Nota Fiscal 10415: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 10350;
- b) Nota Fiscal 10463: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 10268;
- c) Nota Fiscal 10748: o imposto foi destacado nas Notas Fiscais 8851, 8852 e 9570;
- d) Nota Fiscal 10749: o imposto foi destacado nas Notas Fiscais 8851, 8852 e 9570;
- e) Nota Fiscal 10939: o imposto foi destacado nas Notas Fiscais 8851, 8852 e 9570;
- f) Nota Fiscal 11523: o imposto foi destacado nas Notas Fiscais 8850, 8851, 8852 e 9570;
- g) Nota Fiscal 11524: o imposto foi destacado nas Notas Fiscais 8850, 8851, 8852 e 9570;

- h) Nota Fiscal 13563: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13593;
- i) Nota Fiscal 13615: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13344;
- j) Nota Fiscal 13617: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13419;
- l) Nota Fiscal 13881: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13314;
- m) Nota Fiscal 13883: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13347;
- n) Nota Fiscal 13897: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13860;
- o) Nota Fiscal 13899: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13862;
- p) Nota Fiscal 13949: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13595;
- q) Nota Fiscal 14015: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13530;
- r) Nota Fiscal 14027: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 13869;
- s) Nota Fiscal 14237: o imposto foi destacado na Nota Fiscal 14092.

Faz ver que a consignação mercantil é uma operação na qual mercadorias são entregues a um contribuinte a fim de que este proceda à sua venda, e caso esta não seja realizada, as mercadorias poderão ser devolvidas sem o pagamento ou recebimento de qualquer valor. Lembra que essa matéria é regulada no art. 409 do RICMS, onde estão disciplinados o roteiro e os procedimentos a serem observados. Explica que o autuado efetua regularmente operações em consignação e, sendo o remetente das mercadorias, somente realiza o faturamento quando a venda a terceiro é efetivada, emitindo Nota Fiscal sem o destaque do imposto, tendo como natureza da operação “Venda” e fazendo a indicação do CFOP 5.144, entre outros, agindo em conformidade com o art. 409, § 3º, do RICMS.

Aduz que, além desses equívocos, houve também a inclusão no levantamento de mercadoria recebida com substituição tributária (bebida energética) e erro na alíquota de produto alimentício. Destaca os seguintes pontos:

- a) no tocante à Nota Fiscal 13264, o fiscal alterou a alíquota da mercadoria “molho Tabasco”, que, por se tratar de um alimento, é tributada em 17%, e não em 27%, como consta no demonstrativo;
- b) as Notas Fiscais 12208 e 10355 referem-se à mercadoria Saké Azuma Kirin, que é uma espécie de saké utilizado na culinária e não como bebida alcoólica, de modo que a alíquota também deve ser de 17%, e não de 27%, como foi lançado no demonstrativo fiscal;
- c) as Notas Fiscais 8112, 8213, 8364, 8374, 8432, 9421, 9515, 9516, 13326, 13457, 13622, 13639 e 13975 referem-se à mercadoria Flying Horse, que é uma bebida energética, e portanto está incluída na substituição tributária prevista no art. 353, II, item 3.5, do RICMS, não havendo por que se falar em erro na aplicação da alíquota, devendo ser excluídas do levantamento.

Afirma que a empresa agiu de forma correta, dentro da legalidade, e a infração é improcedente.

Quanto ao item 12, reclama que o fiscal corrigiu apenas o imposto do mês de dezembro de 2006, “utilizando uma base de cálculo estimada” e deixando de proceder às outras correções apontadas.

Relembra a preliminar de prescrição.

Quanto ao mérito, considera estar demonstrada a improcedência do lançamento, uma vez que o levantamento fiscal se baseou em informações equivocadas, havendo ainda diversos erros no demonstrativo fiscal. Frisa que para provar a improcedência da infração foram juntadas à defesa diversas Notas Fiscais em que constam os seguintes erros da fiscalização:

- a) Notas Fiscais efetivamente lançadas na escrita fiscal, apontadas no demonstrativo fiscal como se não estivessem escrituradas. Aduz que a prova nesse sentido foi feita com a juntada de cópias do Registro de Entradas e das Notas Fiscais correspondentes, relativamente aos exercícios de 2006 e 2007;
- b) a Nota Fiscal 8618 foi desconsiderada em virtude de o remetente ter usado o nome antigo da empresa, ao invés do nome atual, sendo a comprovação feita com os demais dados da empresa, que continuam os mesmos;
- c) a Nota Fiscal 165417 foi lançada no demonstrativo fiscal com o número errado (165717);
- d) o valor da Nota Fiscal 19980 é de R\$ 8.208,00, e o fiscal lançou no demonstrativo como sendo R\$ 16.416,00;
- e) diversas Notas Fiscais são de material de uso e consumo, e portanto não foi efetuado o registro na escrita por não se tratar de mercadoria a ser comercializada posteriormente, sendo feita a prova com a juntada das referidas Notas Fiscais e do comprovante de inscrição no CNPJ dos fornecedores, a fim de comprovar a natureza da atividade.

Conclui reiterando o pedido de que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou no máximo improcedente, expurgando-se os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatório.

Ao ter vista dos autos, o fiscal autuante pronunciou-se (fls. 987-988) dizendo que o autuado repete as alegações preliminares cuja apreciação compete a este colegiado. Quanto ao mérito, diz que os questionamentos já foram dirimidos na informação às fls. 961/963, restando apenas ao CONSEF julgar o feito. Faz menção à orientação recente no sentido de que o processo retorne imediatamente para julgamento quando as alegações do autuado forem acatadas pela parte diligente.

Na sessão de julgamento do dia 22.5.14, o presidente da Junta, Rubens Moutinho dos Santos, deu-se por impedido, declinando as razões nesse sentido, omitindo-se de presidir e julgar o presente feito, e por isso a presidência foi assumida pelo julgador José Bezerra Lima Irmão. Dada a complexidade do julgamento, a decisão foi adiada para a sessão do dia 27.5.14.

VOTO

Este Auto de Infração diz respeito a 12 lançamentos.

A defesa suscitou em preliminar a nulidade do Auto de Infração alegando a fragilidade dos lançamentos, que tomou por base demonstrativos com diversos erros, tornando-os inseguros e imprecisos, implicando falta de certeza e liquidez e por conseguinte cerceando o direito de defesa. Toma por fundamento o art. 18, IV, “a”, e os arts. 28, § 4º, e 39, incisos III e IV, do RPAF. Insiste em que não foi concedida ao autuado a faculdade de proceder à sua defesa de forma satisfatória, haja vista os diversos erros cometidos ao longo da fiscalização e consumados nos demonstrativos apresentados pelo autuante, impedindo o acesso às informações que justificariam o seu comportamento fiscal, denegando a sua plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade do procedimento, uma vez que um procedimento só se legitima se for assegurado o devido contraditório, com todos os meios de defesa a ele inerentes.

De fato, o Auto de Infração contém erros e imprecisões, e os vícios não foram de todo sanados, mesmo depois de diligência determinada nesse sentido, haja vista que a autoridade fiscal na informação e na manifestação posterior silencia sobre muitas questões suscitadas, inclusive sobre questões que foram objeto da aludida diligência. Voltarei a abordar esses aspectos ao apreciar cada lançamento.

Numa segunda preliminar, o autuado alega a prescrição dos créditos lançados nos itens 1º, 5º, 6º, 9º, 10 e 12, haja vista se referirem a fatos geradores dos meses de janeiro a setembro do exercício de 2006, enquanto que o contribuinte somente foi intimado da lavratura deste Auto em 19.10.11, portanto 5 anos após a ocorrência dos fatos geradores. Toma por fundamento a regra do art. 150, § 4º, do CTN.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo aos fatos ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2006. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os valores relativos ao exercício de 2006 já poderiam ter sido lançados pelo fisco no exercício de 2006. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2007. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2011. O procedimento fiscal foi formalizado em 30.9.11, e o sujeito passivo foi intimado no dia 19.10.11. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apega a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Passo ao exame dos lançamentos em discussão.

No item 1º, a acusação é de que houve falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Há um adendo informando que o contribuinte registrava as operações no livro próprio, porém escriturava créditos fictícios na DMA.

O autuado alega que o fiscal se equivocou ao considerar que os créditos seriam fictícios, pois em dezembro de 2005 possuía no seu resumo da apuração, conforme documento anexo, um saldo credor a transportar para o período seguinte no valor de R\$ 336.237,05, mas, ao fazer o registro desse crédito no período subsequente, a contabilidade da empresa, por equívoco, não o fez na totalidade no mês de janeiro de 2006, mas sim de forma parcelada durante os meses subsequentes.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante contrapôs que foi considerado o saldo credor existente em dezembro de 2005 e transferido para janeiro de 2006 no valor de R\$ 126.357,85 (fl. 386), sendo que o valor indicado na defesa não corresponde à justificativa apresentada. Aduz que outros créditos não devidamente comprovados com a documentação de origem não foram realmente considerados. Conclui dizendo que para o autuado elidir a ação fiscal basta apresentar a documentação que dê suporte a qualquer crédito porventura não considerado.

Nota que há um descompasso entre o cerne da acusação fiscal e os fatos reais. A acusação é de que se trata de imposto lançado e não recolhido: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”. Mas, lendo-se a defesa e o que disse o fiscal na informação, fica patente que não se trata de imposto lançado e não recolhido. A questão seria relativa à glosa de crédito fiscal.

O autuado provou que o saldo credor de dezembro de 2005 a transportar para o mês seguinte era de R\$ 336.237,05 (fl. 740), porém ao registrar aquele saldo no mês de janeiro de 2006 só registrou R\$ 126.357,85 (fl. 386).

Na informação fiscal foi dito que “outros créditos não devidamente comprovados com a documentação de origem, de fato não foram considerados”, porém não é dito quais seriam esses “outros créditos” que deixaram de ser considerados.

Ora, a rigor, a acusação fiscal é de imposto lançado e não recolhido. Pelos elementos constantes às fls. 385/414, nos meses de janeiro a julho de 2006 o contribuinte tinha saldos credores na apuração do imposto. De acordo com a peça à fl. 1 e os instrumentos às fls. 415/432 e 610/657, os

valores lançados no Auto começam a partir de agosto de 2006. Isso significa que teria de ser feita a reconstituição da conta corrente fiscal desde dezembro de 2005.

Em face disso, o lançamento do item 1º é nulo, não só por mudança no fulcro da autuação, mas também por falta de certeza e liquidez. Tomo por fundamento o art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 2º diz respeito a falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o registro na sua escrita, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2006).

O contribuinte alegou que:

- a) a base de cálculo é de R\$ 13.481,98, e não de R\$ 21.412,52, como foi lançado no Auto;
- b) diversas Notas Fiscais também foram lançadas com equívoco, e dá exemplos:

- a Nota Fiscal 7586 (saídas), na qual constam 2 unidades de conhaque Domecq, e não 4 unidades, como foi lançado no demonstrativo;
- a Nota Fiscal 21962 (entrada), que é relativa a vodka Smirnoff Ice, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – champanhe Veuve Clicquot;
- a Nota Fiscal 15749 (entrada), que se refere a vodka Smirnoff, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – vinho Malbec Shiraz 750;
- essa mesma Nota Fiscal 15749 foi mais adiante lançada em duplicidade com novo equívoco quanto ao tipo de mercadoria, lançando como se fosse champanhe Veuve Clicquot.

O fiscal, na informação, ignorou por completo essas questões suscitadas pela defesa.

Tendo em vista que a informação fiscal não foi prestada na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF, foi determinada diligência para que fosse prestada nova informação, abordando os aspectos assinalados pela defesa.

A autoridade fiscal informou então que concorda com a alegação do contribuinte de que a base de cálculo é de R\$ 13.481,98, e portanto o imposto a ser lançado é de R\$ 2.291,93. Não explica, porém, por qual razão alterou a base de cálculo: não declina o tipo de erro que teria cometido, e não apresenta nenhum demonstrativo (fls. 961/965). Quanto às Notas Fiscais 7586, 21962 e 15479 e à de numeração “gêmea”, 15479, informa que elas foram obtidas nos arquivos magnéticos do próprio contribuinte, e como a defesa não indicou o “impacto financeiro” sobre o levantamento quantitativo, não é possível proceder-se a modificações sobre aspectos não aventados na peça defensória.

O contribuinte protestou contra a insegurança e imprecisão do lançamento, observando que o autuante reconheceu que a base de cálculo indicada estava equivocada, porém com relação às Notas Fiscais 7586, 21962 e 15479 ele apenas afirmou não ser possível proceder às modificações. Chama a atenção para as provas apresentadas, tendo em vista que os documentos foram anexados à defesa. Assinala, um a um, os erros que haviam sido apontados na defesa inicial.

Ao ter vista dos autos, mais uma vez a autoridade fiscal deixou de se manifestar na forma prevista pelo § 6º do art. 127 do RPAF, limitando-se a dizer simplesmente que os questionamentos já teriam sido dirimidos na informação às fls. 961/963.

Note-se que a autoridade fiscal se omite reiteradamente quanto a aspectos questionados pelo contribuinte, porém as provas apresentadas pelo autuado são taxativas:

- na Nota Fiscal 7586, colacionada à fl. 742 constam realmente 2 unidades de conhaque Domecq, e não 4 unidades, como foi lançado no demonstrativo fiscal;
- a Nota Fiscal 21962, colacionada à fl. 743, é relativa a vodka Smirnoff Ice, mas no demonstrativo fiscal foi indicado produto distinto – champanhe Veuve Clicquot;
- a Nota Fiscal 15749, colacionada à fl. 744, refere-se a vodka Smirnoff, mas no demonstrativo foi indicado produto distinto – vinho Malbec Shiraz 750;
- essa mesma Nota Fiscal 15749 foi lançada em duplicidade com novo equívoco quanto ao tipo de mercadoria, lançando como se fosse champanhe Veuve Clicquot.

A resistência da autoridade fiscal em analisar as provas apresentadas seria solucionada mediante diligência para que fiscal estranho ao feito fizesse as vezes do autuante, porém neste caso não se justifica tal providência, em função do princípio da economia processual, haja vista o valor em discussão, e não posso eu mesmo fazer os cálculos, pois as correções implicam mudanças não só nas quantidades, mas também nos preços unitários, haja vista que os preços variam de acordo com o tipo e da marca das mercadorias. Não posso nem mesmo acatar a sugestão do autuante à fl. 962 quanto à correção da base de cálculo, de R\$ 21.412,58 para R\$ 13.481,98, pois a autoridade fiscal não anexou nenhum demonstrativo (fls. 961/965) e não explicou por qual razão estaria reduzindo a base de cálculo.

O lançamento do item 2º é nulo igualmente por falta de certeza e liquidez, haja vista o que prescreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 3º acusa falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2007), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas.

O contribuinte alegou que:

- a) no demonstrativo de estoque o fiscal encontrou um total de supostas omissões de saídas de R\$ 6.945,55, mas lançou no Auto o valor de R\$ 11.031,17;
- b) além disso, houve equívoco no lançamento de algumas Notas Fiscais, a exemplo da Nota Fiscal 9773 (saída), na qual constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade, como consta no demonstrativo.

O fiscal, na informação, ignorou por completo essas questões suscitadas pela defesa.

Tendo em vista que a informação fiscal não foi prestada na forma prevista pelo § 6º do art. 127 do RPAF, foi determinada diligência para que fosse prestada nova informação, abordando os aspectos assinalados pela defesa.

Em resposta, o autuante disse que concorda com a defesa quanto à alegação de que no levantamento de estoque de 2007 as omissões de saídas são de R\$ 6.945,55, de modo que o imposto a ser lançado é de R\$ 1.180,74. Não explica, porém, que tipo de erro teria cometido, e não apresentou nenhum demonstrativo (fls. 961/065). Além disso, nada disse quanto à alegação de erros das Notas Fiscais, a exemplo da Nota Fiscal 9773, na qual constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade, como consta no demonstrativo.

O contribuinte protestou contra a insegurança e imprecisão do lançamento, observando que o autuante reconheceu que houve erros na base de cálculo de 2007, mas o lançamento não merece confiança, uma vez que também se encontra contaminado por diversos equívocos já descritos, bem como o da Nota Fiscal 9773, anexada à defesa, na qual constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade, como consta no demonstrativo.

Ao ter vista dos autos, o fiscal disse simplesmente que os questionamentos já teriam sido dirimidos na informação às fls. 961/963.

Vejo que o contribuinte alegou – e provou – que na Nota Fiscal 9773, anexada à fl. 745, constam 2 unidades da mercadoria champanhe Veuve Clicquot, e não uma unidade.

A resistência da autoridade fiscal em analisar as provas apresentadas seria solucionada mediante diligência para que fiscal estranho ao feito fizesse as vezes do autuante, porém neste caso não se justifica tal providência, em função do princípio da economia processual, haja vista o valor em discussão. Como neste caso a correção a ser feita seria simples, pois não implica mudança quanto ao preço médio, mas apenas de quantidade, poderia eu mesmo fazer a correção. Ocorre que, para acrescentar uma unidade às saídas de champanhe Veuve Clicquot, seria preciso saber qual o estoque considerado pela autoridade fiscal, e isto é impossível, pois, ao “cumprir” a diligência, o autuante propôs a correção do valor das omissões de saídas, de R\$ 11.031,17 para R\$ 6.945,55, sem, contudo, apresentar qualquer demonstrativo (fls. 961/965) e sem explicar por qual razão estaria reduzindo a base de cálculo. Ora, se ele reduziu o “valor” da omissão de saídas, concluir que o fez por haver alterado as “quantidades”, e para isso teria de apresentar demonstrativo dos cálculos.

Por conseguinte, é também nulo o lançamento do item 3º, por falta de certeza e liquidez, haja vista o que prescreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 4º refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. O lançamento não foi impugnado pelo contribuinte.

No item 5º, o fato imputado consiste na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento [sic].

O contribuinte observa que o RICMS permite a utilização de crédito de material destinado ao ativo permanente.

Na fase de instrução, esta Junta, considerando que, de fato, o RICMS, no art. 93, V, “a”, prevê o direito ao crédito de bens do ativo imobilizado, solicitou em diligência que o fiscal autuante explicasse por qual razão foi glosado o crédito no caso em exame. A autoridade fiscal respondeu que foi glosado crédito relativo a bem do ativo permanente decorrente de “aquisição de um produto no próprio ano de 2006, e que sabemos ser inadmissível, uma vez que é vedada a apropriação de créditos fiscais oriundos de mercadorias destinadas ao ativo permanente no próprio exercício”.

A explicação da autoridade fiscal não tem fundamento na legislação, pois esta não veda a utilização de crédito do imposto no mesmo exercício em que o bem foi adquirido. O que a legislação veda é a utilização do crédito de uma só vez, haja vista que a utilização deve ser feita à base de 1/48 ao mês.

Apesar de a descrição do fato no Auto de Infração ter sido feita de forma insatisfatória e a informação ter sido prestada em descompasso com a legislação, vejo que, de acordo com o demonstrativo à fl. 68, o crédito foi utilizado por inteiro, de uma só vez. O contribuinte não nega

que se trata de bem destinado ao ativo imobilizado. Sendo assim, está demonstrada a infração. Mantendo o lançamento.

A imputação do item 6º diz respeito à falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O contribuinte impugnou o lançamento assinalando que:

- a) a Nota Fiscal 10989 foi cancelada;
- b) a Nota Fiscal 9957 foi emitida para não contribuinte;
- c) a Nota Fiscal 9921 foi também emitida para não contribuinte;
- d) a empresa não procedeu à retenção do imposto porque nos períodos considerados as mercadorias não estavam incluídas na substituição tributária prevista no art. 353, II, 2, do RICMS. Observa que a redação originária do supracitado dispositivo, até 30.9.05, incluía os tipos de bebidas comercializados pela empresa na substituição tributária, época em que seria responsável pela retenção do imposto quando desse saída daquelas mercadorias para contribuintes dentro do Estado, porém o Decreto nº 9.547/05 alterou o RICMS, ficando na substituição tributária apenas cervejas e chopes, excluindo os demais, surtindo aquele decreto efeitos entre 1.10.05 e 31.3.09, quando foi publicado o Decreto nº 11.462/09, cujos efeitos permaneceram até 31.12.09, quando foi dada nova redação ao dispositivo regulamentar pelo Decreto nº 11.806/09, com efeitos a partir de 1.1.10. Por essas razões, conclui dizendo não restar dúvida de que as operações realizadas estão corretas, tendo agido dentro da legalidade.

Ao prestar a informação, a autoridade fiscal reporta-se à responsabilidade atribuída ao autuado na qualidade de “contribuinte solidário”. Em face dessa afirmação, foi solicitado em diligência que o autuante prestasse informação abordando os aspectos questionados pelo contribuinte e juntasse aos autos extratos do sistema INC provando que à época dos fatos os adquirentes se encontravam desabilitados.

Em resposta, o autuante informou que não pôde precisar se as vendas a contribuintes desabilitados envolvem volume ou quantidade que indiquem intuito comercial, por se tratar de bebidas, sobretudo pelos volumes e pelo valor de pouca expressão econômica. Aduz que não foi possível juntar cópias de extratos do sistema INC, tendo em vista não terem sido indicadas as inscrições para as quais se destina a solicitação da diligência.

Quanto às questões suscitadas pela defesa no tocante às Notas Fiscais 10989, 9957 e 9921, o fiscal considera que cabe ao contribuinte acostar aos autos os elementos probatórios que desejar, não sendo admissível a inversão do ônus probatório e não ser designado ao autuante a tarefa de produzir provas em favor do autuado.

Ocorre que o contribuinte havia apresentado as provas do que alegou. A cópia acostada à fl. 747 prova que a Nota Fiscal 10989 estava cancelada. Os instrumentos às fls. 748/750 demonstram que as vendas objeto das Notas Fiscais 9957 e 9921 foram feitas para não contribuinte, e as mercadorias, uísque e vodka (bebidas “quentes”), à época não estavam no regime de substituição tributária. Ao ter vista dos autos (fls. 987-988), o fiscal disse simplesmente que os questionamentos já teriam sido dirimidos na informação às fls. 961/963. Considero que as questões teriam sido realmente esclarecidas se a informação tivesse sido prestada como manda o § 6º do art. 127 do RPAF.

O lançamento do item 6º é manifestamente indevido.

Acusa o item 7º que teria havido recolhimento a menos de ICMS em virtude de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado alega que o levantamento contém vícios que o maculam tornando-o impreciso, incerto e ilíquido, implicando sua nulidade, nos termos do art. 18, IV, do RPAF. Reclama que:

- a) o fiscal incluiu no levantamento diversas Notas Fiscais de vendas em consignação, operações estas em que não deve haver destaque do imposto, inexistindo assim o suposto erro na aplicação da alíquota. Indica as Notas Fiscais em que ocorreu a situação assinalada. Explica que efetua regularmente operações de consignação mercantil, e somente faz o faturamento das mercadorias quando a venda a terceiro é efetuada, emitindo Nota Fiscal sem o destaque do imposto e contendo como natureza da operação “Venda” e a indicação do CFOP 5.144, entre outros, agindo em conformidade com o art. 409, § 3º, do RICMS;
- b) foram incluída no levantamento mercadoria recebida com substituição tributária (bebida energética), e houve erro na alíquota de produto alimentício, haja vista que a Nota Fiscal 13264 se refere a “molho Tabasco”, que, por se tratar de um alimento, é tributada em 17%, e não em 27%, como consta no demonstrativo, e as Notas Fiscais 12208 e 10355 referem-se à mercadoria Saké Azuma Kirin, que é uma espécie de saké utilizado na culinária e não como bebida alcoólica, conforme Notas Fiscais anexas, juntamente com informativo do fabricante deste tipo de saké, diferenciando-se do saké utilizado como bebida alcoólica, de modo que a alíquota também deve ser de 17%, e não de 27%, como foi lançado no demonstrativo fiscal. Assinala que as Notas Fiscais 8112, 8213, 8364, 8374, 8432, 9421, 9515, 9516, 13326, 13457, 13622, 13639 e 13975 se referem à mercadoria Flying Horse, que é uma bebida energética, e portanto está incluída na substituição tributária prevista no art. 353, II, item 3.5, do RICMS, não havendo por que se falar em erro na aplicação da alíquota, devendo ser excluídas do levantamento.

Considerando-se que a informação fiscal não foi prestada como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, uma vez que o contribuinte, na defesa, apontou com detalhes várias situações que constituiriam erros dos levantamentos fiscais, e na informação fiscal nada foi dito especificamente quanto aos erros indicados pelo autuado, o processo foi remetido em diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos assinalados pela defesa.

Em resposta, o autuante informou que seria irrelevante a alegação de que foram incluídas Notas Fiscais de vendas em consignação, pois isso não descarta o dever de aplicar a alíquota correta. Quanto à inclusão de energéticos, disse que as alegações procedem, uma vez que eles estão incluídos no art. 353, inciso II, item 3.5, do RICMS. Disse isso simplesmente, mas, embora reconhecesse em parte ser indevido o lançamento, não refez o demonstrativo, como deveria.

O autuado protestou, reiterando o pedido de nulidade do lançamento em virtude da fragilidade da autuação, baseada em demonstrativos com diversos erros, tornando-a insegura e imprecisa. Observa que o fiscal autuante reconheceu os erros apontados na defesa, a exemplo da equivocada inclusão dos energéticos. Quanto às vendas em consignação, destaca cada Nota Fiscal, indicando a Nota correspondente na qual foi feito o destaque do imposto. Reitera que somente realiza o faturamento quando a venda a terceiro é efetivada, emitindo Nota Fiscal sem o destaque do imposto, tendo como natureza da operação “Venda” e fazendo a indicação do CFOP 5.144, entre outros, agindo em conformidade com o art. 409, § 3º, do RICMS. Ao ter vista dos autos, o fiscal disse simplesmente (fls. 987-988) que os questionamentos já teriam sido dirimidos na informação às fls. 961/963.

É impressionante o que se vê nestes autos. A autoridade fiscal se omite ao prestar a informação. Até diante de diligência determinada especificamente para que fossem analisadas as provas apresentadas pelo contribuinte, a autoridade fiscal não as aprecia, como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, e mesmo quando reconhece que errou não refaz o demonstrativo fiscal.

Este item em princípio seria nulo por falta de certeza e liquidez. Porém, diante dos elementos apresentados pelo contribuinte, concluo que está provada a total improcedência do lançamento. No tocante às operações de arrendamento mercantil, o autuado demonstrou ter agido exatamente como prevê o § 3º do art. 409 do RICMS/97. Quanto aos energéticos, trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de modo que nas saídas está encerrada a fase de tributação, e por conseguinte não há alíquota a ser aplicada nas vendas. Molho Tabasco é mercadoria tributada à alíquota de 17%, e não de 27%. O mesmo ocorre com a mercadoria Saké Azuma Kirin, que é utilizada na culinária, não sendo portanto bebida alcoólica, de modo que a alíquota é de 17%, e não de 27%. As Notas Fiscais encontram-se às fls. 753 a 770.

O item 8º acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. O lançamento não foi impugnado pelo sujeito passivo.

O item 9º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Está demonstrado que à época o contribuinte não tinha ainda firmado com o fisco o “termo de acordo” para fruição dos benefícios previstos no Decreto 7.799/00. A assinatura do referido termo não é uma mera formalidade. Apesar de o benefício decorrer da norma legal, e não do termo de acordo, é através do termo que a autoridade fiscal competente declara que o pretendente preenche os requisitos legais para fruição do benefício. O fato de o pleito de celebração de termo de acordo ter sido indeferido três vezes significa que foi indeferido porque o contribuinte não preenchia aqueles requisitos, de modo que somente em 2011 foi que o Estado acatou o pedido formulado por diversas vezes, assinando o referido termo. Os efeitos do termo não retroagem. Está caracterizada a infração. Lançamento mantido.

Cuida o item 10 de falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

O autuado alega que não causou qualquer prejuízo ao erário, uma vez que, ao deixar de efetuar o recolhimento da antecipação parcial, também deixou de utilizar o crédito decorrente desse pagamento, tendo efetuado o recolhimento do imposto normal quando da saída das mercadorias.

A infração está caracterizada. O fato de não ter utilizado o crédito é uma decorrência de não ter sido pago o imposto. Quando este for pago, o creditamento será legítimo. Mantendo o lançamento.

No item 11 está sendo aplicada multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de se pagar por antecipação parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, com saída posterior tributada normalmente.

O autuado alega que neste caso o próprio autuante reconhece que as saídas posteriores foram tributadas, de forma que resta comprovada a inexistência de prejuízo ao fisco.

A multa tem previsão legal. Independentemente de o imposto ter sido pago na saída subsequente das mercadorias, a legislação prevê que o imposto deveria ter sido antecipado, e como isso não foi feito, é devida a multa.

No item 12, o contribuinte é acusado de falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias relativas a operações sujeitas a tributação pelo ICMS.

O contribuinte reclamou que:

- a) no levantamento constam como não escrituradas Notas Fiscais que se encontravam devidamente registradas na escrita fiscal, e juntou cópias do Registro de Entradas e das Notas Fiscais correspondentes, relativamente aos exercícios de 2006 e 2007;

- b) a Nota Fiscal 8618 foi desconsiderada pelo autuante em virtude de o remetente ter usado o nome antigo da empresa, ao invés do nome atual, sendo a comprovação feita com os demais dados da empresa, que continuam os mesmos;
- c) a Nota Fiscal 165417 foi lançada no demonstrativo fiscal com o número errado (165717);
- d) o valor da Nota Fiscal 19980 é de R\$ 8.208,00, e o fiscal lançou no demonstrativo como sendo R\$ 16.416,00;
- e) diversas Notas Fiscais são de material de uso e consumo, e portanto não foi efetuado o registro na escrita por não se tratar de mercadoria a ser comercializada posteriormente, sendo feita a prova com a juntada das referidas Notas Fiscais e do comprovante de inscrição no CNPJ dos fornecedores, a fim de comprovar a natureza da atividade.

Ao prestar a “informação”, o fiscal autuante disse simplesmente que o contribuinte não teria apresentado qualquer elemento fático que desconstituísse a pretensão autuatória, e que o contribuinte teria se dedicado apenas a discutir “questões de direito”.

Considerando-se que a informação fiscal não foi prestada como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, haja vista que o contribuinte, na defesa, apontou com detalhes várias situações que constituiriam erros dos levantamentos fiscais, e na informação fiscal nada foi dito especificamente quanto aos erros indicados pelo autuado, decidiu remeter o processo em diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos assinalados pela defesa.

Em resposta, o autuante informou que discorda da alegação do contribuinte de que diversas Notas Fiscais não registradas são de material de uso e consumo e por isso não foi efetuado o registro, observando que o RICMS vigente à época não previa esse tipo de dispensa. Com relação às Notas Fiscais 8618, 165417 e 19980, diz que concorda com a dedução no mês de dezembro de 2006, resultando a multa de R\$ 3.340,00, aduzindo que neste caso há uma “base de cálculo estimada unicamente para fins do demonstrativo de débito”.

Dada ciência da nova informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou reiterando que na defesa havia sido suscitada a nulidade do Auto de Infração em virtude da fragilidade do lançamento, baseado em demonstrativos com diversos erros, tornando-o inseguro e impreciso. Quanto ao mérito, reclama que o fiscal corrigiu apenas o imposto do mês de dezembro de 2006, “utilizando uma base de cálculo estimada” e deixando de proceder às outras correções apontadas.

Ao ter vista dos autos, o fiscal disse simplesmente (fls. 987-988) que os questionamentos já teriam sido dirimidos na informação às fls. 961/963.

A este órgão julgador compete apenas apreciar os aspectos atinentes à lide processual contida nos autos. Este Conselho não julga conduta procedural de servidores. Há nestes autos um ponto intrigante, que se situa no limite extremo da competência deste Conselho, que consiste na indisposição da autoridade autuante em cumprir o mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo *todos* os aspectos da defesa, com fundamentação. O termo “fundamentação” indica que é dever da autoridade autuante, ao prestar a informação, abordar todas as questões suscitadas pela defesa, inclusive as provas. O fiscal autuante tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado. O que é interesse legítimo do Estado deve ser defendido sem qualquer transigência, em função do princípio da vinculação. Por outro lado, o que não é devido não pode ser cobrado do contribuinte, em face dos princípios da estrita legalidade e da moralidade.

No caso deste item 12, o contribuinte juntou cópias das Notas Fiscais e cópias do Registro de Entradas, para provar que parte dos documentos objeto da autuação se encontrava escriturada. Essas provas teriam de ser analisadas, para confirmar ou negar a alegação da defesa. O interesse

do Estado é no sentido de que seja cobrado apenas o que for devido. Quando se cobra o que não é devido, tal conduta não atende ao interesse do Estado.

Neste caso, dentre as inúmeras Notas Fiscais que o contribuinte provou estarem escrituradas no Registro de Entradas, o autuante apenas acatou três notas (fl. 963), dizendo que elas seriam referentes a dezembro de 2006 – Notas Fiscais 8618, 165417 (lançada no demonstrativo fiscal como 165717) e 19980 (base de cálculo errada no demonstrativo fiscal). Ocorre que a Nota Fiscal 8618 não é de dezembro de 2006, e sim de janeiro de 2007, conforme demonstrativo fiscal à fl. 219. Já no caso da Nota Fiscal 165417 (lançada no demonstrativo como 165717), ela não é de dezembro de 2006, como afirma o autuante, e sim de junho de 2007, conforme demonstrativo fiscal às fls. 221-222.

Com base nos demonstrativos fiscais às fls. 210/226, e em face das cópias das Notas Fiscais e do Registro de Entradas apresentadas pelo contribuinte às fls. 772/829, faço a seguir as indicações da comprovação do registro de parte das Notas Fiscais objeto da multa do item 12, cujos valores devem ser excluídos da autuação, e indico os valores remanescentes das multas em cada mês:

Janeiro de 2006 – multa: R\$ 1.746,58 (fl. 210). Feita prova de que estão registradas as seguintes Notas:			
NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
17983	R\$ 101,83	R\$ 10,18	FL. 793
18087	R\$ 203,66	R\$ 20,37	FL. 794
18213	R\$ 13.280,00	R\$ 1.328,00	Fl. 794
92136	R\$ 1.348,92	R\$ 134,89	Fl. 796
Soma		R\$ 1.493,44	
Multa remanescente: R\$ 1.746,58 – R\$ 1.493,44 = R\$ 253,14			

Fevereiro de 2006 – multa: R\$ 112,65 (fls. 210/212). Feita prova de que estão registradas as seguintes Notas:			
NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
2962	R\$ 47,22	R\$ 4,72	FL. 795
21962	R\$ 960,00	R\$ 96,00	FL. 795
Soma		R\$ 100,72	
Multa remanescente: R\$ 112,65 – R\$ 100,72 = R\$ 11,93			

Março de 2006 – multa: R\$ 1.442,00 (fl. 212). Feita prova de que estão registradas as seguintes Notas:			
NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
344	R\$ 188,96	R\$ 18,90	FL. 798
379	R\$ 5.982,20	R\$ 598,22	FL. 798
Soma		R\$ 617,12	
Multa remanescente: R\$ 1.442,00 – R\$ 617,12 = R\$ 824,88			

Abril de 2006 – multa: R\$ 794,93 (fls. 212-213). Não houve alteração
Maio de 2006 – multa: R\$ 6.629,06 (fl. 213). Não houve alteração

Junho de 2006 – multa: R\$ 1.327,83 (fls. 213-214). Feita prova de que está registrada a seguinte Nota:			
NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
1763	R\$ 11.394,33	R\$ 1.139,43	FL. 807
Multa remanescente: R\$ 1.327,83 – R\$ 1.139,43 = R\$ 188,40			

Julho de 2006 – multa: R\$ 530,24 (fl. 214). Feita prova de que está registrada a seguinte Nota:			
NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
95393	R\$ 591,00	R\$ 59,10	FL. 811
Multa remanescente: R\$ 530,24 – R\$ 59,10 = R\$ 471,14			

Agosto de 2006 – multa: R\$ 10.983,45 (fls. 214-215). Feita prova de que estão registradas as seguintes Notas:
--

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
95818	R\$ 716,70	R\$ 71,67	FL. 814
38586	R\$ 3.134,90	R\$ 313,49	Fl.. 815
54178	R\$ 68.854,80	R\$ 6.885,48	Fl. 816
11	R\$ 451,20	R\$ 45,12	Fl. 815
14	R\$ 9.132,00	R\$ 913,20	Fl. 816
	Soma	R\$ 8.228,96	
Multa remanescente: R\$ 10.983,45 – R\$ 8.228,96 = R\$ 2.754,49			

Setembro de 2006 – multa: R\$ 4.281,60 (fl. 215). Feita prova de que estão registradas as seguintes Notas:

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
30656	R\$ 4.560,00	R\$ 456,00	FL. 817
167649	R\$ 796,32	R\$ 79,63	Fl.. 818
3056	R\$ 5.520,00	R\$ 552,00	Fl. 817
3057	R\$ 5.520,00	R\$ 552,00	Fl. 817
	Soma	R\$ 1.639,63	
Multa remanescente: R\$ 4.281,60 – R\$ 1.639,63 = R\$ 2.641,97			

Outubro de 2006 – multa: R\$ 97,60 (fls. 215-216 e fl. 5). Não houve alteração

Novembro de 2006 – multa: R\$ 715,66 (fls. 216 e fl. 5). Feita prova de que está registrada a seguinte Nota:

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
288102	R\$ 1.195,50	R\$ 119,55	FL. 824
Multa remanescente: R\$ 715,66 – R\$ 119,55 = R\$ 596,11			

Dezembro de 2006 – multa: R\$ 7.648,66 (fls. 216-217 e fl. 5). Feita prova do registrado das seguintes Notas:

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
34650	R\$ 5.167,58	R\$ 516,76	FL. 828
387776	R\$ 7.489,39	R\$ 748,94	Fl. 827
19980	R\$ 8.208,00	R\$ 820,80	Fl. 888 (valor da NF)
	Soma	R\$ 2.086,50	
Multa remanescente: R\$ 7.648,66 – R\$ 2.086,50 = R\$ 5.562,16			

Janeiro de 2007 – multa: R\$ 755,58 (fl. 219). Reconhecido pelo autuante que deve ser excluída a Nota Fiscal 8618 (fl. 963)

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
8618	R\$ 349,00	R\$ 34,90	Nome antigo da Casa Dez – fl. 886
Multa remanescente: R\$ 755,58 – R\$ 34,90 = R\$ 720,68			

Fevereiro de 2007 – multa: R\$ 5.446,30 (fls. 219-220). Não houve alteração

Março de 2007 – multa: R\$ 4.802,26 (fl. 220). Não houve alteração

Abril de 2007 – multa: R\$ 363,46 (fls. 220-221 e fl. 6). Não houve alteração

Maio de 2007 – multa: R\$ 1.147,01 (fl. 221). Não houve alteração

Junho de 2007 – multa: R\$ 8.266,64 (fl. 221-222). Reconhecido pelo autuante que deve ser excluída a Nota Fiscal 165417 (fl. 963 – NF à fl. 887).

NOTA FISCAL	VALOR	MULTA	REGISTRO DE ENTRADAS
165417	R\$ 8.587,44	R\$ 858,74	Lançada no demonstr. como 165717
Multa remanescente: R\$ 8.266,64 – R\$ 858,74 = R\$ 7.407,90			

Julho de 2007 – multa: R\$ 1.623,96 (fls. 222-223). Não houve alteração

Agosto de 2007 – multa: R\$ 2.212,90 (fls. 223-224). Não houve alteração

Setembro de 2007 – multa: R\$ 2.003,13 (fl. 224). Não houve alteração

Outubro de 2007 – multa: R\$ 805,72 (fls. 224-225). Não houve alteração
Novembro de 2007 – multa: R\$ 1.912,39 (fl. 225). Não houve alteração
Dezembro de 2007 – multa: R\$ 2.398,10 (fls. 225-226). Não houve alteração

Total das multas remanescentes do item 12: R\$ 51.669,62.

Dentre as Notas Fiscais remanescentes, existem Notas que o contribuinte alega que se trata de aquisições de material de uso e consumo, e foi por isso que elas não foram escrituradas, já que as mercadorias não seriam comercializadas posteriormente.

Nesse sentido, cumpre observar que a multa prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 diz respeito a todo “bem, mercadoria ou serviço” cuja entrada ou utilização não seja registrada na escrita fiscal, de modo que a aplicação da multa não se restringe apenas à falta de registro de “mercadorias” em sentido estrito, haja vista o emprego da palavra “bem”.

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 nº **206892.9051/11-4**, lavrado contra **CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$480.627,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 76.025,09**, previstas nos incisos IX e II, “d”, c/c o § 1º do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2014

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR