

A. I. Nº - 274068.0016/14-1
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA EIRELI
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05.05.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-04/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO. Imputação caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluída da autuação a nota fiscal nº 159.812 por não se tratar de mercadoria tributada (produto gráfico) não estando incluído no âmbito do ICMS. Infração parcialmente subsistente Rejeitada a preliminar de decadência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$23.718,71, em razão da acusação das seguintes infrações à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Mês de junho de 2009. Valor: R\$165,00 com multa de 60%.

Infração 02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas Fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda. Maio e dezembro de 2009. Valor: R\$23.553,71.

O contribuinte interpõe defesa por advogado legalmente constituído (fls. 48/58).

Em preliminar, argüi a decadência de parte dos fatos geradores exigido na presente ação fiscal. Diz que tomou ciência do auto de infração em 18/12/2014, ficando, naquela data, constituído o crédito tributário, que envolve lançamentos anteriores a 01/12/2009 que se encontram decaídos, conforme apresenta a seguir.

Como o ICMS é imposto por homologação, a regra legal a ser seguida é aquela disposta no art. 150, do CTN. Em assim sendo, o direito de o Estado da Bahia para constituir o crédito tributário cuja lavratura e sua ciência ocorreram em 18/12/2014, não pode alcançar lançamentos anteriores a 18/12/2009, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos anteriores a esta data. Apresenta, neste momento, precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Recurso nº 146114, SEXTA CÂMARA, Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA) e ressalta de que o Poder Judiciário caminha, igualmente, por esta linha, conforme decisão que, e de igual forma, traz aos autos (Ementa do acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de

Justiça, nos Embargos de Divergência (nº 101.407-SP (98.88733-4), em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Ari Pagendler).

Portanto, “seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Por esta razão se espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos períodos anteriores à 18/12/2009, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos”.

Passa a contestar o mérito da infração 02. Reconhece, em relação a algumas das mercadorias constantes nas Notas Fiscais identificadas no Anexo 2 do Auto de Infração, que de fato, não as havia registrando no Livro de Registros de Entrada devido a uma falha ocorrida nos seus sistemas. Diz que “pagará a multa devida”.

Porém em relação à outra parte das Notas Fiscais, reconhece que, apesar de ter realizado a transação comercial, acabou devolvendo as mercadorias no ato de suas entradas, conforme cópias de Notas Fiscais de devolução que apensa aos autos. Sendo assim, não há porque ser cobrada a exigência de 10% de multa sobre o valor da operação, uma vez que o registro no Livro de Registro de Entrada não se faz necessário nesses casos, por conta das mercadorias não terem adentrado no estabelecimento, o que deságua na exclusão de tais documentos da ação fiscal.

Sacando do princípio da eventualidade, diz que caso assim não seja o entendimento deste Colegiado, requer a sua redução de 10% para 1%.

E faz outro pedido. Como a multa ora em análise se trata de descumprimento de obrigação acessória e por medida de justiça, que ela seja cancelada, uma vez que o ato não foi praticado com dolo, fraude ou simulação, além de não ter implicado em falta de recolhimento do imposto, na medida em que este foi devidamente recolhido na época. Transcreve o §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

E, caso esta JJF entenda prudente a redução da multa, traz duas Ementas de Acórdãos deste Colegiado (Acórdão CJF nº 0206-12/05 e Acórdão CJF nº 0188-12/08).

Por fim, requer:

- 1. Reconhecer a decadência ocorrida na infração 01 e no item 1 da infração 02 devido ao fato de terem se passado mais de 05 anos entre a data do fato gerador e a data da ciência do Impugnante;*
- 2. Retirar da infração 02 as Notas Fiscais em anexo, por conta da multa não ser devida nestes casos, em virtude das devoluções de mercadorias realizadas no ato da entrega das mesmas;*
- 3. Cancelar a multa de 10% aplicada na infração 02, referente às Notas Fiscais em anexo, por conta desta infração não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, além de não ter implicado em falta de recolhimento do imposto, na medida em que este foi devidamente recolhido na época própria prevista em lei, conforme expressamente reconhecido pelo autuante em sua autuação.*
- 4. Pelo princípio da eventualidade, caso entendam pelo não acolhimento do quanto requerido nos itens “a”, “b” e “c”, a reduzir a multa de 10% para 1%, nos moldes em que foram julgados os Acórdãos CJF nº 0206-12/05 e 0188-12/08, ambos da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.*

A autuante presta sua informação fiscal (fls. 72/76), trazendo, inicialmente, questão sobre a “ilegitimidade” do procurador do autuado. Sacando das determinações do inciso II, do § 1º, do art. 10, do RPAF/BA, ressalta de que o Auto de Infração foi lavrado contra ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, CNPJ: 73.849.952/0006-62, IE: 082.462.062. Porém a defesa foi

assinada por Marcelo Neeser Nogueira Reis, Izaak Broder e Sinésio Cyrino da Costa Neto (advogados), não constando no processo a procuração para a IE: 082.462.062 lhes outorgando competência legal para representá-la. A procuração existente refere-se à filial “de CNPJ 73.849.952/0001-58”.

Após tais colocações passa a contrapor os argumentos de defesa.

Em relação à decadência, entende que o art. 150, § 4º do CTN somente tem validade para as situações em que a lei não estabelece o prazo de homologação. Que o próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Afora que o RICMS/BA em seu art. 965 cita que após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento. No mais, de acordo com o art. 52 da Lei nº 7.014/96 aplica-se ao ICMS, no que couberem, as normas contidas na Lei nº 3.956, de 11/12/1981. E esta nominada lei no seu art. 28, § 1º estabelece que após 5 anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Com tais argumentos, entende que os fatos geradores ditos como decaídos pelo contribuinte somente assim estariam a partir de 01/01/2015.

No mérito e em relação às alegadas devoluções de compras (fls. 66/69), diz que elas não podem ser acolhidas, pois a documentação apresentada não comprova a devolução das mercadorias das notas fiscais do anexo 2, já que:

A nota fiscal nº 159.812 (fl. 66) não é de devolução.

A nota fiscal 283.245, série 2 (fl. 67) não se refere a mercadoria cuja nota fiscal está relacionada no ANEXO 2. A referida nota fiscal é devolução daquela de nº 402.067, série 1 (fl. 68), que não está relacionada no ANEXO 2.

A nota fiscal nº 402.068, série 1 (fl. 69) não é de devolução e sim de remessa em bonificação – CFOP 6.910.

Discorda da solicitação do impugnante quanto ao cancelamento ou redução da multa aplicada, pois ela se encontra em conformidade com o quanto disposto no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 (transcrito). E os exemplos dos Acórdãos deste Colegiado trazidos como paradigma, referem-se a falta de emissão de cupom fiscal, situação diferente da ora autuada.

Mantém em sua totalidade o Auto de Infração.

VOTO

Antes de adentrar nos argumentos de defesa devo me pronunciar sobre a questão levantada pela n. autuante sobre a ilegitimidade dos procuradores do autuado neste processo. Entendo que existe um equívoco na sua colocação. A procuração aos advogados foi dada pela matriz da empresa e pelo seu titular (CNPJ 73.849.952/0001-58” e Sr. Teobaldo Luis da Costa (fl. 59). A ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI é uma sociedade individual de responsabilidade limitada que constitui seu aglomerado empresarial. A meu sentir, aqui não há que se confundir as determinações contidas na lei que rege o ICMS (autonomia dos estabelecimentos) com o poder dado aos advogados pelo conglomerado empresarial, através de sua matriz e titular.

Quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide e em relação aos fatos ocorridos até antes de 18/12/ é argumento defensivo que não pode prosperar em face dos termos da legislação tributária vigente à época dos fatos geradores. O art. 107-A do COTEB, em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, determinava o início da contagem do

prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores. No presente caso a partir de 01/01/2010. Em assim sendo, ele somente se extinguiria em 31/12/2015. O Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2014, portanto dentro do prazo legal.

Quando da revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014 firmou-se entendimento, neste momento, tanto da PGE/Profis como deste CONSEF que, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. A exemplo das recentemente decisões proferidos pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Rejeitada a prejudicial de decadência, passo à questão de mérito das infrações ora em lide.

A infração 01 trata da falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado não a impugna. Não havendo lide a ser decidida, a irregularidade fiscal apurada é mantida no valor de R\$165,00.

A infração 02 diz respeito a aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias adquiridas e não registradas na escrita fiscal da empresa.

A empresa admite que as mercadorias foram adquiridas e que parte delas, de fato, por lapso de seus controles, não foi lançada no seu livro Registro de Entradas. Entretanto, algumas delas nem adentraram em seu estabelecimento já que retornaram quando aqui chegaram. Assim, não haveria necessidade de sua escrituração.

Primeiramente observo que embora o contribuinte utilize o termo “devolução”, na realidade estar a falar em “retorno”. Caso fossem devoluções, todas elas deveriam estar escrituradas, inclusive com as notas fiscais por ele mesmo emitidas para acobertar o trânsito das mercadorias.

Feita tal pontuação, trato a questão como retorno de mercadorias adquiridas.

O impugnante traz ao processo cópias de notas fiscais emitidas por seus fornecedores e que se encontram às fls. 66/69 dos autos.

Analisando tais documentos, resta provado:

NF nº 159.812 (fl. 66 e 28) – esta é uma cópia do documento fiscal autuado (fl. 09) e não uma nota fiscal de retorno. Sobre tal aspecto o argumento de defesa não tem valia. Porém ao analisar o documento, a aquisição foi de impressos de notas fiscais, ou seja, produto fora do âmbito do ICMS e sim do ISSQN, inclusive como no documento consta (CFOP 6933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN) e informada em nota fiscal modelo 1. Por tal motivo este documento é excluído da autuação, o que diminui o valor da multa referente a maio de 2009 em R\$111,00 (fl. 09).

NF's nº 283.245 e 402.067 (fls. 67/68) - A primeira nota fiscal é documento fiscal de entrada referente ao retorno de mercadorias enviadas através da nota fiscal nº 402.067. Porém aqui existe um equívoco do impugnante. Embora cópia da nota fiscal nº 402.067 esteja apensada aos autos (fl. 29) ela não foi autuada, não estando incluída no “Demonstrativo de Notas Fiscais Tributadas Não Lançadas” (fl. 09). Em assim sendo, o argumento de defesa torna-se inócuo. Aqui faço uma observação: o único documento autuado e emitido pela Caramuru Alimentos S.A. foi o de nº 402.068.

NF nº 40.068 (fl. 69 e 31) - esta é uma cópia do documento fiscal autuado (fl. 09) e não uma nota fiscal de retorno. Se, acaso, fosse de retorno, deveria estar nela consignada tal situação. Sobre tal aspecto, o argumento de defesa não pode prosperar. E observo, embora, sem saber o motivo,

esteja na via do fisco (fl. 31) anotado que as mercadorias foram “*devolvidas pela NF 283.245*” esta não é informação correta. As quantidades retornadas pela referida nota fiscal foi daquela de nº 402.067.

Não havendo como, neste momento, aceitar as provas materiais trazidas pelo impugnante, a exceção da nota fiscal nº 159.812, pelo motivo acima exposto, passo à sua solicitação para cancelamento ou redução da multa aplicada.

No caso presente resta demonstrado e confessado de que a empresa omitiu na sua escrita fiscal aquisições de mercadorias tributáveis, mercadorias que fazem parte de sua atividade comercial. Neste quadro, realizou a sua escrituração fiscal de forma incorreta (principalmente por adotar o sistema de conta corrente fiscal), o que deságua, inclusive, na incorreção de suas DMA's já que elas são o espelho desta escrituração.

Tais fatos demonstram que a empresa (e aqui não se discute “falhas de sistemas”) não cuidou de observar todo um procedimento fiscal, embora revestido de caráter acessório, que é de fundamental e primordial importância para que o Estado tenha o efetivo controle de suas receitas e o contribuinte possa provar que toda a condução de suas atividades se pautou dentro da norma legal. Sem tais cuidados, torna-se praticamente impossível se afirmar não ter havido qualquer prejuízo ao Erário.

Feitas tais considerações, é certo que o permissivo legal contido no art. 158 do RPAF/BA faculta ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, deve ele dosar tal penalidade, se a situação assim se apresente, pois as determinações do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 não podem ser aplicadas indiscriminadamente, sendo necessária a análise de cada caso de *per si*. Neste senti os Acórdãos trazidos pelo impugnante não servem como paradigma da matéria ora em discussão, inclusive não tratando desta matéria.

As JJF e as CJF podem reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigação acessória **se** provado não ter existido dolo, fraude ou simulação. Aqui, entendo, não se cuida de discutir ter havido dolo, fraude ou simulação. Este não é o caso. Mesmo que a conduta do recorrente não passe por tais fatos, houve descuido seu em desobedecer a uma norma tributária posta e vigente, o que pode levar ao descontrole do fisco em relação às receitas estadual.

No mais, o que aqui se cobra são multas específicas, determinadas em lei. E, entendo, quando a lei assim age, em qualquer momento indica dolo, fraude ou simulação. Apenas aplica penação por descumprimento de obrigação acessória e a sua existência se dar em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais. Além do mais, tem caráter educativo, visando preservar o crédito tributário.

Pelo exposto, a solicitação do impugnante não pode ser acatada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação no valor do ICMS de R\$165,00 (infração 01) e no valor de R\$23.442,71, referente a multa aplicada de caráter acessório relativa a 10% sobre o valor comercial das mercadorias adquiridas, com fundamento no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 (infração 02) e conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA (%)	MULTA (10%)
INFRAÇÃO 01 30/06/2009	09/07/2009	165,00	60	
INFRAÇÃO 02 31/05/2009	31/05/2009			1.144,54
31/12/2009	31/12/2009			22.298,17
TOTAL		165,00		23.442,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0016/14-1**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALEMNTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$165,00**, acrescido da multa de 60% prevista no art.42, inciso , da Lei nº7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$23.442,71**, prevista no art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR