

A. I. N° - 276473.0904/03-4
AUTUADO - LUZITANA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARRETO FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 06.02.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0008/01-04

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado alegou ter solicitado parcelamento do débito, sem, contudo, trazer os elementos de prova aos autos. Infração confirmada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS. Confirmado o descumprimento da obrigação. Infração subsistente. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Não houve manifestação do sujeito passivo. Reconhecimento tácito da penalidade aplicada. 4. BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração confirmada, tendo sido sanado o equívoco inicial quanto a indicação da infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige imposto e multa no valor total de R\$ 23.406,65, pelas seguintes razões:

- 1) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos exercícios de 2001 e 2002, no valor de R\$ 9.706,26;
- 2) Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de outubro e dezembro de 2001, março a maio e julho de 2002, num total de R\$ 1.458,91;
- 3) Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 1.562,84, nos meses de julho e agosto de 2003;
- 4) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 7.244,69 (exercício de 2002), multa de 10%;

- 5) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 17,84, no mês de junho de 2002, multa de 1%;
- 6) Omissão de saída de mercadorias decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, nos meses de março, abril, outubro, novembro e dezembro de 2002, no valor total de R\$ 3.416,12 (demonstrativo às fls. 16 a 18 dos autos).

O autuado, às fls. 124 a 129, através de seu representante legalmente constituído, apresentou sua impugnação alegando, preliminarmente, a nulidade da infração 04, por entender que não se vislumbra nos autos a prova da materialidade da entrada da mercadoria no estabelecimento. Que sendo o Auto de Infração ato jurídico administrativo vinculado, conforme Parágrafo único do art. 142 do CTN, condiciona a sua validade a comprovação da existência e legitimidade do fato apontado como ilícito fiscal. Transcreveu textos sobre a Teoria dos Motivos Determinantes, escritas pelos Profs. Helly Lopes Meireles e Francisco Campos. Concluiu, pedindo que seja apreciada a preliminar de nulidade, por, ao seu ver, não preencher os requisitos do ato administrativo, ferindo o princípio da legalidade.

No mérito, argumentou que no tocante a infração 01 o crédito tributário se encontra suspenso, face o parcelamento requerido e deferido pela administração fazendária. Que inexistente recolhimento a menos do imposto por antecipação, em relação à infração 02.

Alegou equívoco do autuante quanto a exigência da infração 03, uma vez que o ICMS encontra-se recolhido.

No tocante ao fato descrito como ilícito, infração 06, disse não ser o apurado pelo autuante. Por equívoco alguns produtos que têm tributação à alíquota de 17% foram cadastrados no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal como tributados por substituição tributária. Na auditoria foram identificados nos meses de março, abril, outubro, novembro e dezembro de 2002, alguns cupons cuja descrição das mercadorias identificaram serem tributadas (17%). Os citados cupons foram escriturados no livro Registro de Saídas, na coluna “outros”. No entanto, o autuante quando relacionou os cupons identificou-os de forma individualizada e os mesmos foram registrados de forma consolidada com a identificação da leitura “Z”, nos meses de referência. Asseverou não ter existido dolo na configuração da infração, uma vez que o volume de itens comercializados é representativo, principalmente àqueles da Substituição Tributária.

Que também identificou equívoco inverso, ou seja, cadastrado mercadorias tributadas por substituição tributária como se fosse tributada com alíquota de 17%, gerando bitributação. Que estando os cupons registrados nos livros próprios, apenas o imposto não registrado e lavrado para a apuração do débito, depreende-se que nos referidos meses ocorrera recolhimento a menos. Assim, o enquadramento é o previsto no art. 50, I, “a”, com multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96. Que o equívoco perpetrado pelo autuante, na descrição do fato ilícito cerceou ao autuado de se utilizar o benefício previsto no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96.

No tocante a infração 4, argumentou que se rejeitadas as preliminares argüidas, convém observar que o autuante ao afirmar a entrada das mercadorias no estabelecimento, com o objetivo de não ferir o princípio de não cumulatividade do ICMS, deveria ter considerado os destaques do ICMS, constantes das notas fiscais para efeito de compensação com a operação anterior.

Asseverou que persistindo a infração 06, observando que se relaciona com o mesmo período da infração 4, para a apuração do imposto devido nos termos do art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, haverá de ser considerado todos os créditos de ICMS do período.

Requeru que seja acatada a preliminar suscitada para julgar nula a infração 4 e improcedente as infrações 1, 2, 3, 5 e 6. Disse estar anexando aos autos elementos esclarecedores, no entanto não consta nenhum anexo, apenas cópia reprográfica do Contrato Social e procuração (fls. 130 a 133).

O autuante, à fl. 136, informou que o autuado não apresentou os documentos a que se refere na sua defesa relativo aos itens 01, 02, 03 do Auto de Infração. Que as provas das entradas de mercadorias no estabelecimento encontram-se anexadas ao Auto de Infração, ou seja, as notas fiscais de entradas destinadas ao estabelecimento comercial. Que a ampla defesa questionada foi exercida em sua totalidade a partir do momento em que o autuado teve total acesso ao Auto de Infração e prazo para sua impugnação ou pagamento (infrações 4 e 5).

Infração 06 – disse ter razão o autuado em relação a tipificação da infração no Auto de Infração, porém tal ato se constitui em vício sanável, já que as saídas das mercadorias se deram sem o pagamento do ICMS, como afirmou o autuado à fl. 127 do PAF. Assim, propôs que tal infração, cuja classificação correta seria falta de pagamento do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, seja mantida e se altere a multa de 70% para 60%.

Manteve a autuação.

VOTO

O Auto de Infração decorreu da apuração das seguintes irregularidades: falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação; falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente operações escrituradas nos livros fiscais próprios; entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal e omissão de saída de mercadorias decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios.

Antes de adentrar na questão, ora em discussão, é necessário que se analise as preliminares de nulidade trazidas ao processo pelo impugnante, por inexistência e ilegitimidade do fato apontado como ilícito fiscal quanto a infração 04 e, cerceamento de defesa em relação à infração 06.

Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas, pelas razões abaixo:

1) a infração 04 tem como base as notas fiscais (vias/Fisco) colhidas pelo fisco estadual, quando do trânsito das mercadorias no território baiano tendo o autuado ciência da existência de tais documentos. Assim, as notas fiscais são provas materiais irrefutáveis das aquisições das mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas ao sujeito passivo, cujos documentos, como dito anteriormente, encontram-se anexados ao PAF.

2) apesar de ter sido identificado a existência de equívoco na descrição da infração 06, os anexos que fazem parte integrante do processo identificam o ilícito tributário, fato demonstrado, inclusive, pelo sujeito passivo, em sua impugnação. Desta forma, tal equívoco decorreu de vício sanável já no momento da ciência da autuação, uma vez que foram entregues cópias dos demonstrativos ao impugnante, cujos anexos também fazem parte integrante dos elementos constitutivos dos autos, o que descaracteriza a alegação de cerceamento de defesa no que concerne ao não recolhimento do imposto apurado neste item da autuação, com os benefícios previstos no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, que poderia ter sido realizado pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, analisando as peças que compõem o presente processo constato que em relação a infração 01, o autuado alegou ter solicitado parcelamento do débito e que desta forma estaria suspensa a exigência do crédito tributário, porém não trouxe aos autos qualquer elemento que viesse a confirmar tal argumentação. Mantenho a autuação.

No tocante as infrações 02 e 03, o autuado protestou alegando inexistência do débito, sem, contudo, trazer aos autos os elementos de prova do descabimento das irregularidades apontadas nos autos. Assim, com base no que dispõe o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do

cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto a infração 04, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória pela não escrituração nos livros fiscais, de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias tributadas. O sujeito passivo, ao adentrar no mérito da questão alegou que o autuante não considerou os créditos fiscais destacados nos respectivos documentos.

Em relação a este fato, esclareço que no caso em questão não se trata de cobrança de imposto, e sim, de cobrança punitiva pelo descumprimento de uma obrigação acessória, ou seja, a falta de escrituração no livro Registro de Entradas das notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas a tributação. Confirmada a acusação fiscal.

Em relação a infração 05, que também foi aplicada multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro nos livros fiscais próprios, o autuado não se manifestou. Mantida a autuação.

No que concerne a infração 06, o autuado reconheceu ter havido equívoco no cadastramento de produtos no ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, o que levou a ser identificado, mediante auditoria feita pela fiscalização, de que mercadorias tributadas à alíquota de 17% foram identificadas como sendo tributadas por substituição tributária, resultando em registro de tais operações na coluna “outras” (sem tributação). Alegou que teria havido cadastramento inverso, ou seja, de mercadorias com fase de tributação encerrada sendo lançada como tributada. Porém, não juntou nenhum elemento de prova de tal afirmativa.

Induziu, ainda, o autuado, a que fosse observado o crédito fiscal relativo às aquisições que deram origem a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória (infração 4), já que se tratava do mesmo período de apuração de imposto. Quanto aos créditos fiscais não utilizados, este não é o momento oportuno para sua regularização, tendo em vista as disposições regulamentares. O art. 101, §§ 1º e 2º, do RICMS/97, assegura ao contribuinte proceder a escrituração dos referidos documentos utilizando-se dos créditos extemporâneos, conforme transcrito abaixo.

Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros próprios:

§ 1º. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I – feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;

II – se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

a) que as mercadorias tenham sido objeto de saída tributada ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos”;

b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.

§ 2º. Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna

*“Observações” do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna
“Observações” do Registro de Apuração do ICMS.*

E, como a infração cuida de falta de recolhimento do imposto em razão de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, deve ser corrigida a tipificação de multa para a prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 (60%).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0904/03-4**, lavrado contra **LUZITANA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.144,13**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$ 1.562,84 e 60% sobre R\$ 9.706,26, R\$ 1.458,9, R\$ 3.416,12, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$7.262,52**, prevista no art. 42, IX e XI, do mesmo Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA