

A. I. Nº - 299167.0044/03-4
AUTUADO - PALHETA REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 23. 07. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0257-04/04

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para o uso e consumo do estabelecimento. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e não contabilizadas. Efetuada correção no cálculo do imposto em todas as infrações, o que as torna parcialmente subsistentes. Não acolhida a preliminar de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2003, exige ICMS no valor de R\$4.297,98, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher imposto no valor de R\$529,52, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação no valor de R\$1.849,79, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88;
3. Presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis com imposto devido no valor de R\$1.918,67, apurada pela constatação de entradas não contabilizadas.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 47 a 53 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal.

Em seguida, disse que alinhará as suas argumentações defensivas, começando com uma preliminar de nulidade, já que alguns dos débitos já estão extintos, em razão da decadência.

Segundo o autuado, tal fato ficou evidente na autuação, pois, somente recebeu a notificação em 16 de julho do corrente ano, data que ficou constituído o crédito tributário, nos termos da legislação.

Argumenta que o termo inicial do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, para o Fisco efetivar o lançamento tributário, de ofício, exigindo uma diferença de tributo, é o dia da ocorrência do fato gerador, conforme art. 150, § 4º, do CTN.

Salienta que o lançamento ora contestado formaliza algumas exigências de créditos cujos fatos geradores ocorreram em janeiro, fevereiro, março e abril/98, quando já ultrapassados os cinco anos legalmente previstos, pelo que decaiu o direito do Fisco em cobrar os supostos créditos. Em apoio ao seu argumento, transcreveu às fls. 48 e 49, decisões do STJ sobre o assunto.

Prosseguindo em sua defesa, com relação à infração 2, alega que somente se justificaria a antecipação, se as mercadorias fossem adquiridas para comercialização, fato não comprovado pela fiscalização, além do que inexiste na ação fiscal sequer indícios de que os produtos foram efetivamente vendidos.

Assevera que os produtos adquiridos foram para consumo do próprio estabelecimento, tendo calculado e pago a diferença de alíquotas, conforme documentos em anexo. Sustenta não proceder esse item da autuação, se já não fosse parcialmente nulo em razão da decadência.

No tocante à infração 3, após transcrever os termos da acusação fiscal, alegou que não houve um levantamento quantitativo de mercadorias, para se apurar entradas não registradas. Aduz que houve tão somente uma consulta ao CFAMT, onde foram identificadas algumas notas que deixaram de ser registradas nos livros da empresa.

Salienta que, apesar da acusação estar acompanhada de minucioso levantamento, onde estão discriminados os nºs das notas fiscais não registradas, não foram entregues a empresa as suas cópias. Diz ser de suma importância a análise dos referidos documentos, para saber se as mercadorias supostamente comercializadas eram tributadas, isentas, substituídas, etc.

Com referência à infração 1, diz que, conquanto seja a primeira, esclarece que ficou para o final de sua defesa, uma vez que a autuação faz referência às Notas Fiscais nºs 6887, 100158, 5457 e 5762, as quais não foram encontradas pela empresa. Quanto à Nota Fiscal nº 81760, aduz que foi recolhido o diferencial de alíquota, enquanto em relação às demais, requer a exibição das mesmas, para que possa constatar se as mercadorias nelas consignadas se destinaram ao “consumo do estabelecimento”, como afirma a autuação.

Acerca da infração 3, aduz ainda que também cabe a autuante entregar as cópias dos referidos documentos a empresa, para que a acusação fiscal fique formalmente correta e documentada.

Ao finalizar, pede ao CONSEF que faça uma apreciação justa do processo, para que seja declarada a nulidade parcial da cobrança (em razão da decadência) ou a sua total improcedência.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 65 a 66 dos autos, após reproduzir os termos da autuação, assim se manifestou para contraditar a defesa formulada pelo sujeito passivo.

Infração 1 - Que a alegação de decadência é protelatória, já que sobre o assunto, o art. 965, I, do RICMS é claro por demais, oportunidade em que transcreveu o seu teor, em apoio ao alegado. Diz,

com base no referido dispositivo, que o primeiro dia do exercício seguinte é 01/01/2004 [01/01/1999], portanto, não há que se falar em decadência do crédito tributário;

Infração 2 - Alega que, a exemplo da infração 1, que não se aplica à decadência de parte do lançamento. Sobre a pretensão do autuado de eximir-se do recolhimento do ICMS, sob o argumento de que as mercadorias adquiridas não foram para comercialização diz ser pueril, cujo argumento não elide a autuação;

Infração 3- Acerca da “sugestão” do autuado, para que fosse realizado o levantamento quantitativo para comprovar a entrada das mercadorias objeto da autuação, pelo fato do não registro nos livros de notas fiscais coletadas nos postos fiscais, por meio da operação CFAMT, aduz ser esdrúxula e não elide a autuação.

Ao finalizar, requer o julgamento procedente do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4^a JJF decidido pela sua conversão em diligência a INFRAZ-IGUATEMI, para que fosse atendido o solicitado à fl. 70, o que foi cumprido, conforme documento à fl. 72.

Foi anexada aos autos (fls. 74 a 76), uma manifestação do autuado produzida pelo seu departamento contábil sobre as infrações imputadas pela autuante, nos seguintes termos:

Infração 1 - Aduz que a Nota Fiscal nº 81760, de emissão da empresa Papaiz Ind. e Comércio Ltda. foi devidamente registrada na página 8 do livro Registro de Entradas nº 8, bem como teve recolhido o imposto por diferencial de alíquota na competência 05/98;

Infração 2 - Alega que as Notas Fiscais nºs 8496, 8497, 1668, 283203, 28348, 30639 e 32638, foram devidamente registradas em seu livro Registro de Entradas, sobre as quais recolheu o imposto a título de diferença de alíquota, uma vez que se tratam de compras para uso e consumo do estabelecimento, salvo em relação à Nota Fiscal nº 8497, de emissão da empresa Vinhos Piagentini S/A, cujo DAE correspondente não foi localizado.

Com relação à Nota Fiscal nº 108823, aduz que a mesma foi lançada erroneamente na sua filial de Inscrição Estadual nº 48.124.803-NO, no mês 10/98 à fl. 22 do livro nº 1, cujo imposto no valor de R\$286,14 foi recolhido pela empresa, com aplicação da MVA de 40%, por se tratar de aquisição efetuada a empresa revendedora.

Infração 3 - Diz que a Nota Fiscal nº 20619, de 20/11/98, está lançada na escrita fiscal de sua filial de Inscrição Estadual nº 48.124.803-NO, cujo ICMS foi retido pelo revendedor no valor de R\$164,98, conforme destaque no referido documento.

No tocante às Notas Fiscais nºs 692, 174518, 20305 e 1581, alega não ter sido encontrado o seu lançamento no livro Registro de Entradas de mercadorias.

Em razão da manifestação acima, a INFRAZ-Iguatemi encaminhou o PAF a autuante para tomar ciência dos documentos anexados pelo autuado, oportunidade em que disse que nada tinha a declarar e acrescentar sobre os mesmos.

O PAF mais uma vez foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4^a JJF decidido pela sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 88.

Ao cumprir a diligência solicitada, o auditor incumbido de sua realização, através do Parecer ASTEC nº 0047/2004 (fls. 90 a 92), após descrever o que foi solicitado pelo relator, o procedimento do autuado e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim concluiu;

- a) Que a Nota Fiscal nº 108823 foi lançada no livro de entrada de outro estabelecimento do autuado de Inscrição Estadual de nº 48.124.83-NO e recolhido o imposto;
- b) Com relação à Nota Fiscal nº 81760, foi também objeto de lançamento e recolhido o imposto a título de diferença de alíquota;
- c) Acerca das Notas Fiscais objeto da infração 2, disse que foi excluído do levantamento da autuante as notas fiscais nºs 108823, 32638, 30639 e 28348, tendo em vista se tratar de mercadoria destinada ao consumo do estabelecimento, cujo imposto por diferença de alíquota foi recolhido, salvo em relação à Nota Fiscal nº 28348;
- d) No tocante às Notas Fiscais de nºs 8496, 283203, 1668 e 8497, esclareceu que alterou a MVA para 40%, conforme anexo 88 do RICMS, pois, os seus fornecedores são atacadistas.
- e) Quanto às infrações 1 e 2, diz que os valores originalmente cobrados na importância de R\$2.379,31, poderão passar, após esta diligência para R\$1.682,31, conforme demonstrativo em anexo.

O CONSEF, em despacho à fl. 111, encaminhou o PAF a INFRAZ-Iguatemi, para dar ciência ao autuado e ao autuante do resultado da diligência da ASTEC, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 112 a 113.

Em nova manifestação às fls. 114 e 115, a autuante apenas discordou da MVA de 40% aplicada pelo diligente em relação às mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 8496, 1668, 283203, 8497 e 108823, por entender que se tratam de aquisições efetuadas a indústria.

Ao finalizar, requer o julgamento procedente do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acato a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, para as infrações 1, 2 e 3, tendo como fatos geradores as ocorrências relativas aos meses de janeiro, fevereiro, março e abril/98, sob o argumento de que teria operado a decadência por parte da Fazenda Estadual, para constituir o crédito tributário. Como justificativa, esclareço que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso desta autuação, por ser reportar a fatos geradores do exercício de 1988, o prazo de contagem iniciaria em 01/01/99, cujo prazo final se daria em 31/12/2003, portanto, o lançamento ocorrido em 30/06/2003, obedeceu ao prazo decadencial.

Adentrando no mérito e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Foi exigido imposto do autuado, por não ter recolhido a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Em sua impugnação inicial ao lançamento, o autuado alegou que em relação à Nota Fiscal nº 81760, o imposto por diferença de alíquota foi recolhido pela empresa.

No tocante às demais notas fiscais, requereu a sua exibição, para se constatar se as mercadorias consignadas nas mesmas se destinaram ao “consumo do estabelecimento”, como afirma a autuação.

Ressalto que o autuado, por intermédio do seu patrono, recebeu cópias das referidas notas, conforme comprova o documento de fl. 72, no entanto, na sua manifestação às fls. 75 a 77, se limitou a alegar

que as mesmas não foram encontradas na escrituração do seu livro Registro de Entradas do ano de 1998, o que não elide a autuação.

Tendo em vista que o autuado não comprovou o recolhimento do imposto sobre as notas fiscais não lançadas em sua escrita, as quais têm como destinatário o seu estabelecimento, entendo parcialmente comprovada a infração no valor de R\$465,70, com a exclusão do imposto cobrado no valor de R\$63,82, tendo como data de ocorrência o dia 31/03/98, conforme consignado pelo autuante na fl. 2 do Auto de Infração.

Infração 2 - Diz respeito à falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

Ao se manifestar nos autos às fls. 75 a 76 dos autos, o autuado aduziu que, a exceção da Nota Fiscal nº 8497, as demais foram devidamente lançadas no seu livro Registro de Entradas e recolhido o imposto por diferencial de alíquota, já que se trata de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, oportunidade em que consignou à fl. 75 os valores do imposto remanescente a recolher sobre as referidas notas.

Em razão da alegação acima, foi proposta por este relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, a conversão do PAF em diligência a ASTEC, tendo concluído o diligente ser devido apenas o imposto no valor de R\$1.216,61, cujo montante não foi objeto de qualquer questionamento pelo autuado, ao ser intimado pela INFRAZ-Iguatemi para se manifestar sobre a mesma, conforme documentos às fls. 112 e 113.

Como a diligência da ASTEC foi contestada em parte pela autuante em sua informação fiscal às fls. 114 e 115, com relação a MVA de 40% utilizada pelo diligente para exigir o imposto sobre as mercadorias constantes nos documentos fiscais de nºs 8497, 8496, 1668 e 283203, quando a correta, no seu entendimento, é de 60%, este relator decidiu efetuar uma análise nos referidos documentos, a fim de identificar a quem assiste razão, onde observei que:

- Na Nota Fiscal nº 1668, fl. 18 dos autos, emitida pela empresa Vinhos Piagentini S/A, consta como CFOP o código 6.11, o qual corresponde a venda da produção própria, portanto, se trata de um estabelecimento industrial;
- Quanto à Nota Fiscal nº 8496 – fl. 19 dos autos, emitida pela mesma empresa, porém, pelo seu estabelecimento filial localizado no Estado de S. Paulo, consta o CFOP 6.12, o qual corresponde a venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros.

Face às observações acima, não resta nenhuma dúvida de que a MVA correta a ser aplicada é de 60% para apuração do imposto devido, como foi exigido pela autuante, ao invés de 40%, como entendeu o diligente da ASTEC.

Levando em conta os fatos acima, entendo parcialmente caracterizada a infração no importe de R\$1.053,89, conforme demonstrativo a seguir:

1	2	3	4	5=(3X4)	6	7=(5X6)	8	9=(7-8)
Mês	Vencimento	Vlr. operação	MVA	B. de Cálculo	Aliq.	ICMS devido	Crédito	ICMS a recolher
02/98	09/03/98	2.828,56	25%	3.535,70	25%	883,92	196,38	687,54
08/98	09/09/98	1.510,68	25%	1.888,35	25%	472,09	105,74	366,35
Totais		4.339,24		5.424,05		1.356,01	302,12	1.053,89

Infração 3 - Reporta-se a omissão de saídas de mercadorias tributadas, detectada mediante a constatação de entradas não contabilizadas.

Ao se defender da imputação às fls. 75 e 76 dos autos, o autuado alegou que a Nota Fiscal nº 20619, de 20/11/98, foi lançada na escrita do seu estabelecimento filial de Inscrição Estadual nº 48.124.803-NO, cujo ICMS foi retido no valor de R\$164,98 pelo revendedor, juntando como prova a cópia do livro correspondente (ver fl. 79 dos autos).

Com referência às Notas Fiscais de nºs 692, 174518, 20305 e 1581, diz que não foram encontrados os seus registros no livro de Entradas de mercadorias.

De acordo com o disposto no § 4º, do art.4º, da Lei nº 7.014/96, a constatação de entradas de mercadorias não contabilizadas, além de outras ocorrências, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Como o autuado não comprovou o registro das notas fiscais de compras acima indicadas, considero parcialmente caracterizada a infração no valor de R\$1.768,69, passando o imposto da ocorrência de 30/11/98 para R\$1.245,08, em razão da exclusão da autuação do ICMS cobrado relativo a Nota Fiscal nº 20619.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir ICMS no valor de R\$3.288,28.

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 299167.0044/03-4, lavrado contra **PALHETA REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.288,28**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.519,59 e de 70% sobre R\$1.768,69, previstas no art.42, II, “d” e “f” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR