

A. I. N° - 284119.0003/04-8
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS J SANTOS LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JUNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08.10.2004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0364/01-04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Anexadas aos autos as vias dos documentos fiscais arrecadados no trânsito. Autuado não elide a acusação. Infrações confirmadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2004, exige imposto no valor de R\$ 3.202,04 e multa no valor de R\$ 51.079,63, pelas seguintes irregularidades:

- 1) deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 1999 e 2000, no valor total de R\$ 49.262,97;
- 2) deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 1999 e 2000, no valor total de R\$ 1.816,66;
- 3) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no exercício de 1999, no valor de R\$ 3.202,04.

O autuado, às fls. 107 a 119, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa arguindo preliminarmente a decadência do direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário, fundamentado nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

Falou sobre o lançamento administrativo tributário, citando o Relator da Ac. 94.462(E) SP (min. Moreira Alves) e o tributarista Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, editora Malheiros, 9ª Edição, p. 121). Entendeu que restou fulminada a pretensão creditícia da Fazenda Estadual quanto ao crédito oriundo de notas fiscais não registradas no livro Registro de Entradas, por ter sido atingida pela decadência.

Argumentou que tanto na entrada de mercadoria no estabelecimento como no recolhimento do ICMS por antecipação, o fato gerador se dá no ato da emissão de notas fiscais em virtude da entrada de mercadorias no estabelecimento. Desta forma, relacionou as notas fiscais relativas ao exercício de 1999 e, suas datas de emissão que vão de 07/01/99 a 13/07/99, para afirmar que a data limite da decadência ocorreria em 07/01/04 a 13/07/04, de acordo com as datas de suas emissões.

Que o Auto de Infração só foi lavrado em 26/06/04 e por isso não merece guarita o pleito da Administração, quanto ao exercício de 1999.

Alegou cerceamento de defesa já que não lhe foi apresentado qualquer documento que provasse a veracidade do quanto alegado, nem indicou a fundamentação legal para se atribuir a alíquota de 17% sobre os produtos, supostamente, comercializados pelo defendente.

Citou diversas notas fiscais que se referem a produtos da cesta básica como feijão e macarrão que tem alíquota de 7%. Transcreveu o art. 51, I, “a” do RICMS/97 e alegou que quase 100% das mercadorias são oriundas de outros Estados da Federação, possuem como alíquota aplicável de 12%, e não 17% como atribuído. Transcreveu o art. 50, II do citado regulamento.

Concluiu dizendo que o seu direito da ampla defesa está sendo violado por imposição de multas sob meros argumentos sem as devidas provas dos fatos alegados.

No tocante a infração 03, transcreveu lições do Dr. Blanor Arruda (artigo publicado no site www.jus.com.br) tecendo comentários sobre a definição do que é a substituição tributária. Neste sentido, afirmou o defendente que mesmo na hipótese de o fisco entender que realmente houve entrada de mercadorias, tal imposto não poderá ser cobrado sob pena de se tributar duas vezes o mesmo tributo, cujo recolhimento é realizado antecipadamente.

Também o defendente protestou quanto ao percentual de 60% aplicado, citando o art. 150, IV, da CF/88. Que a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do impugnante. Citou ensinamentos dos mestres Aliomar Baleeiro e Hugo de Brito Machado.

Ressaltou que o Governo Federal editou a Lei nº 9286/96 que aboliu a pratica de imposições de multas a índices percentuais não condizentes com a realidade econômica, reduzindo a dois por cento o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida.

Asseverou, também, o sujeito passivo de que a jurisprudência petrificou o entendimento de que a simples constatação da falta de registro na escrita fiscal não poderá, por si só, dar sustentáculo à aplicação de multa. Transcreveu Acórdão nº 10/98 processo n. 03/035302/95 – SEFOP – Recurso de Ofício – CCEN 28246052-7, em que foi exigido pela falta de escrituração omissão anterior de receita e o Acórdão nº 102.24.374, “DOU de 04/06/90”, Rel Cons. Cesar da Silva Ferreira, que também trata de presunção de omissão de receita tributável, na constatação de mercadorias inventariadas.

Afirmou que as jurisprudências citadas não fazem prova para caracterizar a suposta infração cometida pelo defendente. E desconhece as referidas notas fiscais, vez que não adquiriu tais produtos e que a Câmara Superior já teve oportunidade de se manifestar através do Acórdão CS nº 1023/99, a improcedência do Auto de Infração baseado na simples cópia da via fixa de talão, sem nenhuma prova de circulação da mercadoria até o destinatário.

Requeru que se julgue procedente a presente impugnação, anulando de pleno direito o Auto de Infração e que seja determinado o arquivamento do contencioso fiscal.

O autuante, às fls. 138 a 142, informou que o prazo de decadência começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, o período fiscalizado não sofreu decadência.

Quanto ao cerceamento de defesa alegado, esclareceu que a exceção do item 3 do Auto de Infração foi aplicado multa de 10% e 1% sobre o valor das mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis, como determina a legislação. Que é irrelevante saber qual é a alíquota aplicada nas operações com determinado tipo de mercadoria.

No tocante a substituição tributária, disse que a defesa, neste item, define conceitualmente o que é substituição tributária e que não houve cobrança em duplicidade, já que sendo a operação interestadual foi cobrado exclusivamente o imposto devido por antecipação tributária, com base na alíquota e margem de valor agregado aplicáveis para a mercadoria como definida no RICMS/97.

Esclareceu que a defesa questiona o percentual de multa aplicada alegando ter caráter confiscatório. Transcreveu o art. 25 do RPAF/99 e disse que a norma define as autoridades competentes para interpretação de conteúdo normativo e questionamento sobre possíveis inconstitucionalidades nas multas aplicadas.

Informou que o autuado ao alocar as decisões que tratam de apuração de omissão de receitas e a autuação foi de cobrança de multa por falta de escrituração de notas fiscais de entradas e imposto pela falta de antecipação tributária.

Que o Acórdão nº 1023/99, proferido pela Câmara Superior não se aplica a presente autuação, pois as notas fiscais elencadas foram coletadas a partir de 2ªs vias retidas em Postos Fiscais da SEFAZ/BA, cujo procedimento quando a mercadoria passa pelo posto fiscal é visar a 1ª via e reter a via pertencente ao fisco para verificações futuras.

Concluiu dizendo que o autuado, em momento algum, fez prova de que as notas fiscais foram registradas no livro de Entradas e, de que não adquiriu as mercadorias referidas nas notas fiscais.

Esclareceu que, em sua maioria, as notas fiscais são oriundas de empresas de grande qualificação no mercado, como: Sadia, Nestlé, Parmalat, entre outras e que são fornecedores contumazes do estabelecimento autuado.

Opinou pela manutenção da autuação.

VOTO

O sujeito passivo alegou que os valores autuados, em relação ao exercício de 1999, teriam sido atingidos pelo instituto da decadência, por entender que o §4º, do art. 150 do CTN estabelece a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador. No entanto, o citado dispositivo estabelece o seguinte:

Art. 150.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.(grifo meu)

Assim, rejeito o argumento defensivo de que tenha ocorrido a extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o lançamento tributário de fatos ocorridos nos meses de janeiro a junho de 1999, por ter sido efetuado o presente lançamento tributário em 26/06/2004. Neste sentido, o art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97, através do seu art. 965, I, determina que:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

1 – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, a legislação tributária deste Estado fixa prazo à homologação, os créditos constituídos entre o período de 01/01/99 a 31/12/99 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário tivesse ocorrido a partir do dia 01/01/2005.

Rejeitadas também as preliminares de nulidade argüidas, uma vez que não vislumbro nos autos nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Ressalto que a indicação errônea do dispositivo da multa aplicada, na infração 03, não se constitui nulidade do lançamento, haja vista que na descrição da infração consta de forma clara e precisa da irregularidade apurada, além do que o contribuinte recebeu cópia do demonstrativo, à fl. 15, o qual aponta detalhadamente a infração, o infrator e o valor do imposto devido. Assim a multa a ser aplicada é de 60% prevista no art. 42, II “d” da Lei 7014/96.

No tocante a alegação de que a multa aplicada é confiscatória, tenho a ressaltar que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. Assim, sendo, apreciar a legalidade da legislação aplicada foge à competência desta Juntas de Julgamento Fiscal. Os autuantes fundamentaram a infração e indicaram a multa com base na Lei nº 7.014/96.

No mérito, constato que foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas, sendo aplicada multa de 10% sobre os valores das aquisições de mercadorias sujeitas à tributação, e 1% sobre os valores das aquisições de mercadorias não tributáveis e/ou com fase de tributação já encerrada, nos itens 1 e 2 da autuação, e exigido imposto por antecipação tributária, por aquisição de mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, item 3 da acusação fiscal.

Consta do presente processo que o contribuinte recebeu cópias das notas fiscais, objeto da autuação, já que se tratam de vias arrecadadas nos Postos Fiscais quando do trânsito das mercadorias no território baiano, bem como, recebeu cópias dos Demonstrativos de Notas Fiscais Não Registradas no Livro de Registro de Entradas, conforme recebimento firmado pelo autuado, nos demonstrativos, às fls. 13 a 17 dos autos.

Alegou o defendente de que não recebeu tais mercadorias e que não havia nos autos prova de que as mesmas ingressaram em seu estabelecimento.

Neste sentido, ressalto que a prova material da aquisição das mercadorias foi trazida aos autos pelos autuantes que é exatamente a juntada das vias dos documentos colhidos nos postos fiscais deste estado, relativamente a mercadorias destinadas ao autuado, oriundas de outras unidades da Federação. Nos documentos fiscais consta a identificação completa do contribuinte, ou seja, nome do destinatário, endereço, município, número das inscrições do Estado e CNPJ, além de outras informações inerentes ao contribuinte. Trata-se de operações a prazo, sendo que a grande maioria das mercadorias foram transportadas por conta do emitente e, se referem as mesmas espécie de mercadorias comercializadas do autuado, sendo, inclusive, constatado que pelos registros constantes no livro de Entradas, cópias anexadas aos autos, emitentes dos documentos fiscais arrecadados no trânsito (via/fisco) são fornecedores do contribuinte.

Assim, as provas da aquisição das mercadorias pelo contribuinte autuado estão evidenciadas nos autos, não restando dúvida quanto ao seu recebimento.

Observo que o impugnante conduziu toda a sua defesa no sentido de descaracterizar a figura da presunção de omissão de saídas anteriores, já que fez citação de algumas decisões, inclusive, Acórdão da Câmara Superior deste Colegiado, porém, nenhuma das decisões apresentadas possuem correlação com o objeto da autuação. No tocante ao Acórdão CS nº 1023/99, a prova trazida aos autos pelos autuantes foi cópia reprográfica de via fixa do talonário do remetente, documento que, por si só, não comprova a circulação da mercadoria até o destinatário. No caso em discussão, as provas de que houve a circulação estão nos autos e estas são as notas fiscais (via/fisco) colhidas pelo fisco quando da circulação das mercadorias no território baiano com destino a contribuinte localizado neste Estado. Assim, não foi exigido imposto por presunção de omissão de receitas, e sim, foi aplicada multa pela falta de escrituração dos documentos fiscais, no livro Registro de Entradas, não tendo o sujeito passivo comprovado o não cometimento da infração, conforme previsão legal expressa no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96, como abaixo transcrita:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX – 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

XI – 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Diante do acima exposto, mantenho o lançamento tributário para exigência das multas nos valores de R\$ 49.262,97 e R\$ 1.816,66, irregularidades apontadas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Na infração 03 os autuantes, apesar de identificarem que o documento fiscal nº 152778 não havia sido escriturado, constatou que se trata de aquisição de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, exigindo, o imposto devido por antecipação tributária, na condição de contribuinte por substituição, haja vista se tratar de absorventes e fraldas oriundas do Estado de São Paulo, não havendo Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado da Bahia e o da origem das mercadorias.

Examinando o documento, à fl. 75 dos autos, constato que no referido documento consta a seguinte observação: Regime Especial Parecer GECOT 810/98, Base de Cálculo ICMS sub. Tributária R\$ 25.162,67 – Valor do ICMS Sub. Tributária R\$ 3.202,04. O que representa que o imposto devido por antecipação tributária não poderá ser recolhido no momento da entrada neste Estado, e sim, em data posterior indicado no regime acima referido.

O autuado, também, para este item se limitou a negar o recebimento das mercadorias, sem, contudo, apresentar o comprovante do recolhimento do imposto devido por antecipação tributária.

Assim, como determina 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.”

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 284119.0003/04-8, lavrado contra

COMECIAL DE ESTIVAS J SANTOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.202,04**, previsto no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$ 51.079,63**, prevista no art. 42, IX e XI, do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR