

A. I. Nº - 284119.0002/04-1
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
AUTUANTES - JURACI LEITE NEVES JUNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JUNIOR
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 03.11.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0404-03/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 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 sobre o valor adicionado, no prazo regulamentar. Infração caracterizada. Não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitadas as preliminares de decadência e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 26/06/04, para exigir o ICMS, no valor de R\$288,87, acrescido da multa de 60%, além da multa de R\$6.153,77, por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Falta de registro, na escrita fiscal, de entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação – R\$5.153,63;
2. Falta de registro, na escrita fiscal, de entradas, no estabelecimento, de mercadorias não sujeitas à tributação – R\$1.000,14;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, 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 – R\$288,87.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogado (fls. 221 a 227), inicialmente suscitando a decadência dos valores de débito baseados em notas fiscais emitidas no período de janeiro e

junho de 1999, entendendo que deve ser excluído, da autuação, o valor de R\$4.782,40. Argumenta que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 150, § 4º, “é claro ao asseverar que a Fazenda Pública tem cinco anos para realizar a homologação nos casos de pagamento antecipado, contados da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária”.

Suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que “o fiscal autuante não apresentou qualquer documento que prove a veracidade do quanto alegado na lavratura do presente Auto de infração, nem muito menos, indicou a fundamentação legal para se atribuir a alíquota de 17% sobre os produtos, supostamente comercializados pela defendante”.

Acrescenta que o óleo de soja possui redução de 29,41% na base de cálculo; o macarrão é tributado à alíquota de 7%; as mercadorias foram, quase todas, adquiridas em outros Estados e, portanto, à alíquota de 12% e, dessa forma, não houve, a seu ver, “uma robusta prova que comprove a ocorrência do suposto fato delituoso”, mas “a simples palavra de um funcionário que não possui fé-pública”. Transcreve o artigo 333, do Código de Processo Civil e conclui que “o presente auto de infração não pode farfalhar ao menor sopro de justiça, vez que o direito da ampla defesa e do contraditório da defendante está sendo violado”.

Em seguida discorre sobre o instituto da substituição tributária “para frente”, objeto da infração 3, argumentando 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”.

Alega, ainda, que a multa de 60% é “uma tentativa de confisco da autoridade fazendária, cristalinamente reluzindo a anulabilidade do referido auto de infração”, prática vedada pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Por fim, apresenta o pensamento da doutrina a respeito da matéria e ressalta que foi editada a Lei nº 9.298/96, reduzindo a 2% o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida.

Quanto à acusação de falta de registro de entradas de mercadorias em seu estabelecimento (infrações 1 e 2), aduz que a simples constatação da falta de registro na escrita fiscal não pode dar sustentação à aplicação de multa, “como a ora arbitrada pelo Fisco”, consoante as decisões do Conselho de Contribuintes da Receita Federal que transcreve.

Acrescenta que “os documentos colacionados ao PAF não fazem prova para caracterizar a suposta infração cometida”, já que seria necessário “que a efetiva compra das mercadorias estivesse devidamente provada”. Destaca que, não raro, algumas empresas utilizam os dados cadastrais de outras, com o objetivo de circular produtos sem o recolhimento antecipado do ICMS, e que, recentemente, apresentou denúncia perante a Inspetoria, “narrando o fato de uma comercialização suspeita de feijão”, onde constava como adquirente das mercadorias, porém o descarregamento era feito em outro estabelecimento comercial.

Assegura que desconhece as notas fiscais supostamente não registradas, haja vista que não adquiriu os produtos nelas constantes, e argumenta que a Câmara Superior do CONSEF já se manifestou sobre autuações abusivas, como por exemplo no Acórdão CS nº 1023/99, em que decidiu pela improcedência de auto de infração baseado em cópia da via fixa do talonário, sem nenhuma prova da circulação das mercadorias. Finalmente, pede a nulidade e o arquivamento do presente Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 97 a 101), rebatem a preliminar de decadência afirmando que, de acordo com a legislação, o prazo deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não tendo ocorrido no presente lançamento.

Quanto à preliminar de nulidade, dizem que não houve cerceamento do direito de defesa nem erro na fundamentação legal, tendo em vista que foi exigida “multa formal”, por falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, cabendo apenas, em seu entendimento, indagar se tais produtos são ou não tributáveis, a fim de aplicação da penalidade (10% ou 1%), sendo irrelevante saber qual a alíquota aplicável.

Alegam que não houve cobrança de imposto em duplicidade, como afirmado pelo contribuinte, pois foi exigido o ICMS, por antecipação, com base na alíquota e margem de valor agregado aplicáveis à mercadoria, consoante definido no RICMS/97 (infração 3).

Relativamente à multa, aduzem que o artigo 25, do RPAF/99 estabelece “as autoridades competentes para interpretação de conteúdo normativo e questionamento sobre possíveis inconstitucionalidades nas multas aplicadas”.

Em relação às alegações defensivas sobre “presunção de omissão de receita tributável”, argumentam que o sujeito passivo tratou a acusação fiscal como se fosse de exigência de imposto com base na falta de registro de notas fiscais, mas lembram que a autuação se refere à cobrança de multa formal, por falta de escrituração de notas fiscais de entradas, e de ICMS, por antecipação tributária, relativamente às mercadorias enquadradas no regime.

Quanto ao Acórdão CS nº 1023/99, citado pelo autuado, entendem que não se aplica ao caso em tela, uma vez que os documentos fiscais, objeto deste lançamento, foram coletados nos postos fiscais, quando a mercadoria circula pelo Estado, e, portanto, o “procedimento constitui prova inequívoca de que efetivamente a mercadoria e sua respectiva Nota Fiscal transitou”.

Concluem mantendo a autuação e ressaltando que, em nenhum momento, o contribuinte fez prova de que os documentos fiscais foram registrados em seus livros e que não adquiriu as mercadorias constantes nas aludidas notas fiscais. Salienta que as notas fiscais multicitadas foram emitidas por empresas “de grande qualificação no mercado” e que são fornecedores habituais do autuado.

Por fim, chamam a atenção para o fato de que devolveram ao contribuinte o livro Registro de Entradas, apresentando-lhe, na oportunidade, relação das notas fiscais não escrituradas (fl. 2) e que, não obstante isso, o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Deixo de acatar a preliminar de decadência, suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo, ou deixa de cumprir obrigações tributárias acessórias, e o Fisco atua no sentido de recuperar o imposto ou aplicar penalidade formal, mediante lançamento de ofício (Auto de Infração), o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Em relação às notas fiscais emitidas no período de janeiro a maio de 1999, objeto da autuação (infrações 1, 2 e 3), o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/04. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/04, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do crédito tributário. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos destacar os Acórdãos CJF nº 0274-12/02, CJF nº 0150-12/02 e CJF nº 0260-11/02.

Rejeito, também, a preliminar de nulidade levantada pelo autuado, por cerceamento de seu direito de defesa e por falta de fundamentação legal, porque o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, bem como nas fotocópias de livros e documentos fiscais acostados ao PAF (fls. 9 a 64). Ademais, as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação a todos os fatos narrados, não havendo nenhum prejuízo ao princípio do contraditório.

O autuado argumentou, ainda, que a multa de 60% afronta os princípios constitucionais da vedação ao confisco, contudo, a penalidade indicada no lançamento, para a irregularidade apontada, está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e, de acordo com o inciso I do artigo 167, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir, nas infrações 1 e 2, multa por descumprimento de obrigação acessória (10% e 1%), em razão da falta de registro, na escrita fiscal, de entradas, no estabelecimento, de mercadorias tributáveis e não sujeitas à tributação, conforme indicado na descrição dos fatos do lançamento de ofício.

O autuado alegou que: a) a alíquota aplicada de 17% é equivocada; b) algumas mercadorias são beneficiadas com redução da base de cálculo; c) a Câmara Superior do CONSEF já se manifestou sobre autuações abusivas, como por exemplo no Acórdão CS nº 1023/99, em que decidiu pela improcedência de auto de infração baseado em cópia da via fixa do talonário, sem nenhuma prova da circulação das mercadorias; d) desconhece as notas fiscais supostamente não registradas, haja vista que não adquiriu os produtos nelas constantes.

Obviamente os dois primeiros argumentos defensivos não têm pertinência com a autuação, haja vista que se está exigindo multa “formal” e não ICMS. Quanto ao Acórdão CS nº 1023/99, também não pode ser aplicado à situação em lide, considerando que as notas fiscais, objeto deste lançamento, foram coletadas nos postos fiscais, quando as mercadorias estavam transitando, e, consequentemente, não se trata de fotocópias da via fixa do talonário dos fornecedores, como pretende o autuado.

Relativamente às alegações do contribuinte, de que desconhece os documentos fiscais supostamente não escriturados e de que não adquiriu os produtos neles constantes, também não pode ser acatada, uma vez que este CONSEF tem reiteradamente decidido que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são prova bastante da realização das operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização, a não ser as próprias notas fiscais. Ao contrário, cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que disponha.

Examinando os documentos fiscais acostados às fls. 43 a 64, verifica-se que foram todos destinados ao autuado e se trata de mercadorias pertinentes ao ramo de atividade do sujeito

passivo e, sendo assim, entendo que estão comprovadas as infrações 1 e 2 e é devido o valor exigido.

Na infração 3 exige-se o ICMS, por antecipação, nas aquisições interestaduais, realizadas pelo sujeito passivo, de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

O autuado limitou-se a dizer que o imposto não pode ser cobrado, sob pena de haver bitributação. Entretanto, tal argumento não tem procedência, considerando que está sendo exigido o imposto na primeira operação realizada no Estado da Bahia (por antecipação), ficando, em seguida, encerrada a fase de tributação, tudo de acordo com a legislação em vigor.

Em relação às alegações defensivas sobre “presunção de omissão de receita tributável”, logicamente não se aplicam a este Auto de Infração, pois não foi cobrado o imposto com fundamento em presunções legais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 284119.0002/04-1, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$288,87, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de R\$6.153,77, sendo R\$4.631,50, atualizado monetariamente e R\$1.522,27, com os acréscimos legais, prevista no artigo 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR