

PROCESSO - A. I. Nº 284119.0002/04-1
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0404-03/04
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/05

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. Mantidas as decisões. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$288,87, e multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$6.153,77, em razão das seguintes irregularidades:

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

O autuado apresentou defesa e, inicialmente, suscitou a decadência dos débitos referentes ao período de janeiro a junho de 1999. Para fundamentar o seu entendimento, cita o disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, alegando 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 defendant*”.

Alega que a multa de 60% tem o caráter de confisco. Cita doutrina e diz que a Lei nº 9.298/96 reduziu a 2% a multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida.

Referindo-se às entradas de mercadorias sem registro na escrita fiscal, aduz que a simples constatação da falta de registro não autoriza a aplicação de multa. Diz que desconhece as notas fiscais arroladas na autuação, já que não adquiriu os produtos nelas consignados.

Na informação fiscal, os autuantes afirmam que o prazo decadencial é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Afirmam que não houve cerceamento do direito de defesa nem erro na fundamentação legal.

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

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*”.

Ressaltam 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, portanto, não tem cabimento às alegações defensivas pertinentes à presunção de omissão de receitas tributáveis.

Ressaltam que o contribuinte não provou que os documentos fiscais tivessem sido registrados nos livros fiscais ou que as aquisições não tivessem sido efetuadas. Salientam que as notas fiscais foram emitidas por fornecedores habituais. Ao final, solicita a procedência da autuação.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0404-03/04, julgou o Auto de Infração Procedente.

A ilustre relatora afastou a preliminar de decadência, alegando que:

[...]

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.

A preliminar de nulidade foi rechaçada com a seguinte fundamentação:

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.

A questão da multa indicada na autuação foi ultrapassada da seguinte forma:

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, a relatora da Primeira Instância assim fundamentou o seu voto:

[...]

Obviamente os dois primeiros argumentos defensivos [a alíquota de 17% está equivocada e algumas mercadorias são beneficiadas com redução da base de cálculo] 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.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Preliminarmente, afirma que as infrações 1 e 2, em relação ao exercício de 1999, já foram atingidas pela decadência. Ressalta que nas infrações em tela não se está exigindo imposto e, portanto, o raciocínio utilizado na Decisão recorrida não se aplica ao caso presente, onde está sendo aplicada multa formal. Alega que estão sendo utilizados dois pesos e duas medidas, já que o Fisco estadual só autoriza a apropriação de crédito no prazo máximo de cinco anos, contados da data consignada na nota fiscal. Para embasar suas alegações, transcreve doutrina e os artigos 173, inc. I, do CTN, e 965, inc. I, do RICMS-BA.

Ainda em preliminar, alega que as notas fiscais coletadas nos postos fiscais não comprovam que as mercadorias tenham ingressado no estabelecimento do destinatário, já que as mercadorias podem ter retornado aos remetentes antes da entrada no estabelecimento do destinatário. Afirma que, a título de prova, está juntando documentos que atestam a devolução das mercadorias, anulando todo o raciocínio utilizado pelo Fisco no caso. Assevera que é necessária a realização de diligência nos estabelecimentos remetentes, para se averiguar a veracidade dos fatos.

Menciona que algumas empresas utilizam dados cadastrais de outras para adquirir mercadorias sem o pagamento do ICMS devido por antecipação tributária e, por esse motivo, apresentou denúncia ao Ministério Público. Diz que está anexado ao processo um documento onde se comprova que uma determinada empresa vendeu mercadorias que nunca ingressaram no estabelecimento daquela empresa [nenhum documento foi acostado ao presente Recurso].

Acrescenta que as multas aplicadas nas infrações 1 e 2 estão baseadas na presunção de que as mercadorias entraram no seu estabelecimento. Frisa que não quer descharacterizar a circulação de mercadorias, porém a entrada das mercadorias em seu estabelecimento não está comprovada. Diz que está ocorrendo uma inversão do ônus da prova, e que o autuante não goza da prerrogativa de fé-pública. Transcreve o disposto nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, bem como trecho do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0212-12/02.

Referindo-se à infração 3, o recorrente diz que a multa de 60% sobre os valores devidos possui o caráter de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Afirma que, por esse motivo, o Auto de Infração deve ser anulado. Aduz que a Lei nº 9.298/96 reduziu a 2% o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida. Frisa que o órgão julgador administrativo pode, mesmo por via indireta, discutir a questão da constitucionalidade da legislação tributária. Para embasar suas alegações, cita farta doutrina.

Ao finalizar, solicita que a preliminar suscitada seja acolhida, que seja realizada diligência nos estabelecimentos remetentes das mercadorias e que a autuação seja julgada improcedente.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo, ao se pronunciar nos autos, afirma que o Recurso Voluntário apresentado traz os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial, os quais já foram analisados e rebatidos, um a um, no julgamento realizado.

Após ressaltar que o crédito tributário decorre do descumprimento de obrigação tributária, que a obrigação tributária tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária e que o descumprimento de obrigação acessória se converte em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária; a ilustre procuradora conclui que a decadência pretendida pelo recorrente, em relação ao crédito tributário resultante de descumprimento de obrigação acessória, não pode prosperar, pois a contagem do prazo de decadência se faz de acordo com o art. 173, I, do CTN.

Quanto ao mérito, afirma que o documento anexado pelo recorrente, denominado “Relatório Fiscalização – ITF”, da Nestlé Brasil Ltda. (fls. 145 a 165 e 168 a 171), além de anexado a

destempo, não é suficiente para provar a devolução das mercadorias arroladas nas infrações 1 e 2. Diz que, no seu entendimento, a devolução só seria comprovada com a apresentação do livro Registro de Entradas do remetente e com a emissão do devido documento fiscal, o que não está nos autos.

Quanto à infração 3, diz que os argumentos recursais não têm procedência, pois o ICMS cobrado é o devido na primeira operação realizada neste estado, a qual está sujeita ao regime de substituição tributária. Ao finalizar, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

O requerente protocolou o requerimento de fls. 143 e 144, onde solicita a anexação ao processo dos documentos acostados às fls. 145 a 165 e 168 a 171, intitulado de “Relatório Fiscalização – ITF”, para comprovar a devolução das mercadorias relacionadas na autuação. Alega que esses relatórios apresentam em duplicidade as Notas Fiscais nºs 155252, 170760, 175247, 175255, 175286, 209322, 2166604, 160053, 169853, 173320 e 210696, com as classificações fiscais nºs 512 e 132, estão em duplicidade. Diz que as mercadorias arroladas nessas notas fiscais, apesar de terem saído do estabelecimento do fornecedor, retornaram ao mesmo devido à incoerência existente entre o pedido e a entrega. Protesta por mais prazo para que as notificações encaminhadas às demais empresas sejam respondidas, bem como pela Improcédência da autuação.

VOTO

Foi acertada a Decisão da Primeira Instância de não acatar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente em relação ao crédito tributário referente ao exercício de 1999, pois o afastamento da referida preliminar foi devidamente fundamentado e encontra-se respaldado na legislação tributária pertinente.

O fato de, nas infrações 1 e 2, ter sido aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória não modifica a forma de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I, do CTN. Como bem ressaltou a representante da PGE/PROFIS, o crédito tributário decorre de descumprimento de obrigação tributária, a qual tem por objeto o pagamento e tributo ou de penalidade pecuniária. Efetivamente, o § 3º do art. 93 do RICMS-BA/97 prevê que o direito à apropriação do crédito fiscal se extingue após cinco anos, contados da data da emissão do documento fiscal ou da entrada da mercadoria no estabelecimento. Todavia, esse dispositivo regulamentar não possui o condão de alterar o previsto no art. 173, I, do CTN.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1999, a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/04 para constituir o crédito tributário. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 26/06/04, constata-se que ainda não tinha se operado a decadência.

No que tange à preliminar de nulidade referente à falta de provas das infrações 1 e 2, ressalto que as notas fiscais acostadas ao processo, destinadas ao recorrente e emitidas por seus fornecedores habituais são provas das entradas das mercadorias no seu estabelecimento. Desse modo, não acolho a alegação de que a exigência fiscal está baseada em mera presunção.

O argumento recursal de que as mercadorias foram devolvidas ao remetente não pode ser aceito, pois, apesar desse procedimento ser previsto na legislação, a entrada das mercadorias no estabelecimento do remetente obedece às disposições regulamentares previstas no art. 654 do RICMS-BA/97, tais como: a emissão de nota fiscal de entrada, com os dados do documento fiscal originário; a escrituração da nota fiscal de entrada no livro Registro de Entrada; a manutenção em arquivo da primeira via da nota fiscal emitida por ocasião da saída, com a indicação no verso do motivo do retorno. Portanto, os “Relatórios Fiscalização – ITF” apresentados pelo recorrente, sem nenhum controle fiscal e de livre impressão não são provas capazes de atestar a devolução das mercadorias relacionadas na autuação. Deveria o recorrente trazer ao processo cópia da nota

fiscal de entrada e do livro Registro de Entradas do remetente, com a observância das disposições regulamentares que comprovam o efetivo retorno das mercadorias.

Indefiro a solicitação de diligência a ser efetuada pela Secretaria da Fazenda nos estabelecimentos dos remetentes das mercadorias, pois cabe ao recorrente buscar essas provas e trazê-las ao processo.

Ressalto que a multa de 60%, indicada na infração 3, está correta, não possui o caráter de confisco e é a indicada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade que foi imputada ao recorrente. Já a multa de até 2% prevista na Lei nº 9.298/96 não é cabível para o descumprimento de obrigações tributárias. Saliento que, apesar das abalizadas alegações recursais, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador declarar a constitucionalidade da legislação tributária estadual.

A questão da alíquota de 17%, aplicada na apuração do imposto exigido no terceiro item da autuação, já foi devidamente superada pela Junta de Julgamento Fiscal. O imposto que está sendo por antecipação tributária é referente às operações subsequentes internas que ocorrerão neste Estado, portanto, deve ser aplicada a alíquota interna, em consonância com o previsto no art. 357 do RICMS-BA/97.

Em face do acima comentado, considero que a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0404-03/04 está correta e não merece reparo. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 284119.0002/04-1, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS