

A. I. Nº - 298951.0604/07-2
AUTUADO - SUPERMERCADOS CARDOSO LTDA.
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 23. 10. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-01/07

EMENTA: ICMS. 1. 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 também não contabilizadas. Comprovada pelo contribuinte ter efetuado o registro de parte das notas fiscais, bem como não ter sido a ele destinada outra parte. Não acolhida a arguição de nulidade, assim como foi rejeitado o pedido de diligência. Corrigidos os valores exigidos. Multa prevista na legislação tributária estadual, corretamente aplicada. Infração parcialmente subsistente, com redução do valor reclamado. 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Multa prevista na legislação tributária estadual, corretamente aplicada. Não contestada no mérito. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. AQUISIÇÕES DE BRINDES. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não contestada. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, reclama, entre ICMS por descumprimento de obrigação principal e multa por descumprimento de obrigação acessória, o total de R\$5.707,85, concernente às infrações a seguir alinhadas:

Infração 01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas no valor de R\$ 5.629,68, acrescido da multa de 70%, relativo aos meses de janeiro, março, abril, julho, setembro a dezembro de 2003, março, abril, outubro e dezembro de 2004;

Infração 02 – Deixou recolher o ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, no valor de R\$ 28,17, com multa de 60%, relativo ao mês de

outubro de 2003. Consta, ainda, que a infração decorre da nota fiscal nº 505664, conforme demonstrativo “A”, e que a mesma, também, não foi escriturada.

Infração 03 – Descumpriu obrigação tributária acessória sem penalidades previstas expressamente na Lei do ICMS, no valor de R\$ 50,00, em dezembro de 2004. Consta, ainda, que o autuado, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, deixou de emitir nota fiscal com o lançamento do imposto referente às mercadorias adquiridas para brindes, conforme artigo 555 do RICMS/BA;

O autuado, inconformado, apresenta defesa as fls. 182 a 188, alegando que foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, constituído sob o fundamento de ter havido três supostas infrações.

Afirma que examinando as supostas infrações em confronto com seus livros contábeis, pode notar que algumas das notas fiscais citadas no Auto, como fundamento da omissão de receita, sequer pertence à impugnante. Para comprovar o alegado, traz um quadro contendo os números das notas fiscais, a empresa destinatária, o valor da nota, a alíquota e observações para cada nota, relativas à impugnação.

Alega, na referida planilha, que as notas fiscais números 47495 e 28000, estão registradas, respectivamente à fl. 06 do livro 12 e fl. 86 do livro 06 de entrada; as notas fiscais números 4188, 10341 e 105477, são destinadas à outra empresa; as notas fiscais 15723, 16571, 17155, 18077, 20544, 30158 e 16572 são relativas a arroz e a alíquota aplicada foi erradamente 17%; a nota fiscal 105956 é relativa a leite e a alíquota aplicada foi incorretamente 17%.

Argumenta que houve uma série de erros na fiscalização, especialmente por que: (a) o auditor alegou a omissão de receitas tributária tomando como base notas fiscais de empresas estranhas à impugnante e (b) o autuante aplicou a alíquota geral quando ao caso se aplicava a alíquota especial de produto específico previsto no Regulamento. Desse modo, completa o autuado, a medida mais prudente a se fazer é requerer a realização de uma perícia para a improcedência do presente lançamento.

Afirma que as multas imputadas sobre os valores devidos são inconstitucionais por ferir o princípio do não confisco e entende que o presente lançamento deverá ser declarado improcedente, pelas razões a seguir expostas:

1 - seja determinada a realização de diligência na empresa para que fique evidenciada a improcedência dos lançamentos, mediante a apuração dos livros onde constem os registros das notas supostamente não lançadas, uma vez que parte do lançamento pautou-se em notas que não pertencem a ele. Pretende comprovar que não efetuou a compra das mercadorias, e, não havendo a compra de mercadorias, não se pode falar em omissão de recolhimento do ICMS;

2 – entende que, de acordo com o art. 51, I, alínea "a", do Regulamento do ICMS, a alíquota estipulada para o arroz é de 7%, passando a reproduzir a íntegra do referido dispositivo legal.

Acrescenta que o autuante aplicou, para produtos específicos e essenciais, a alíquota geral sem observar a regra expressa do Regulamento que prevê alíquota menor para a hipótese tributada. Assim, continua o autuado, mesmo que se entenda devido o tributo, o que não é verdade, mister se faz registrar que o Auto de Infração é nulo por infringir norma expressa do Regulamento;

3 – argüi que a multa imputada tem natureza confiscatória por ultrapassar os limites da razoabilidade e invadir o patrimônio alheio para sanar a ânsia arrecadatória do Estado.

Isto porque, afirma o impugnante, conforme jurisprudência consagrada nos Tribunais e principalmente pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, como será fartamente apresentada a seguir, deve ser excluída a multa fiscal imposta pela autoridade administrativa, quando aplicada de forma excessiva pelo Fisco, por configurar o caráter confiscatório. Tal objetivo, complementa, visa evitar que através do tributo o Estado venha a enriquecer ilicitamente, confiscando o patrimônio alheio.

Reproduz os ensinamentos do professor Sampaio Dória, citado pelo renomado Ministro Bilac Pinto, com fulcro no art. 141, §31 da CF de 1946. Faz referência a Constituição Federal de 1988, através dos seus artigos 145, § 1º e 150, IV, além dos ensinamentos de Luciano Amaro sobre a matéria. Traz a definição de equidade de Hugo de Brito Machado, cita Pedro Nunes e reproduz o art. 150, inciso IV da CF.

Afirma que tem se decidido que a imputação de multa possui natureza confiscatória, de modo que deve ser anulado o presente auto por representar um verdadeiro confisco ao patrimônio do Impugnante e que inúmeros são os julgados a respeito da matéria. Transcrevendo, a seguir, as ementas de alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Requer, por fim, a procedência de sua impugnação, para o fim de que seja reconhecida a “improcedência/nulidade” do presente lançamento tributário.

O autuante às fls. 201 dos autos apresenta sua informação fiscal, afirmando que acata a alegação do autuado referentes à nota fiscal nº 47.495, embora registrada pelo número do formulário. Por outro lado, não reconhece as alegações relativas às notas fiscais números 4188, 10341 e 105477, cujos dados dos destinatários são divergentes e apenas o CNPJ e Inscrição Estadual são da autuada, em obediência ao disposto no art. 18, § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Anexa novos demonstrativos com a supressão dos referidos documentos fiscais, reduzindo, portanto, o valor da infração 01, que passou, segundo ele, de R\$ 5.629,68, para R\$ 2.728,82.

O autuado, à fls. 207, volta a se manifestar nos autos acerca da informação fiscal prestada pelo autuante. Assevera que, no momento em que o autuante acata a alegação do ora impugnante, acaba por reconhecer a existência de erro na fiscalização, uma vez que os livros fiscais não foram conferidos conforme assevera. Isso porque parte das notas fiscais que foram tomadas, como base para gerar a autuação pela omissão de receitas em face da inexistência de registros, foi excluída em razão da prova apresentada pela impugnante.

Argumenta que, se a prova foi realizada pelo impugnante, isto significa dizer que a diligência requerida deverá ser realizada, pois além do erro já reconhecido outros podem ser apurados.

Além do mais, argumenta o autuado, a prova da omissão ou da infração deve ser feita pela fiscalização e não pelo impugnante, pois, no vertente caso, observa-se com toda certeza que as notas expedidas com inscrição do impugnante, mas com nome de outra empresa, pode significar que outras pessoas jurídicas estão a utilizar, de modo fraudulento, o nome da impugnante para emitir notas.

Assevera que não tem nenhum vínculo com as empresas relativas às notas fiscais números 105956 e 4084, o que impossibilita a omissão de registro de entrada de mercadorias decorrentes das empresas emitentes.

Por fim, afirma que as notas fiscais anexadas em cópia autenticada, foram canceladas devendo ser excluídas de ofício. O autuado requer que seja determinada a realização de diligência para averiguação da verdade material, tendo em vista os erros apurados.

VOTO

O autuante, através do presente Auto de Infração, atribui ao contribuinte o descumprimento de obrigação principal do ICMS, concernente a: Infração 01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas, com base na presunção legal de que 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 também não contabilizadas e 2. Deixou recolher o ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta que a infração decorre da nota fiscal nº 505664, conforme demonstrativo “A”, e que a mesma, também, não foi escriturada.

Reclama o autuante, ainda, a Infração 03, por descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidades previstas expressamente na Lei do ICMS. Consta que o autuado, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, deixou de emitir nota fiscal com o lançamento do imposto referente às mercadorias adquiridas para brindes, conforme artigo 555 do RICMS/BA.

No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais necessárias, os demonstrativos apresentados são auto-explicativos e amparados por documentos acostados aos autos (notas fiscais e cópia dos Livros de Registro de Entradas), e não há elementos que demonstrem haver iliquidez ou incerteza do crédito reclamado. A indevida inclusão de notas fiscais no levantamento que reclama o imposto não é causa de nulidade, podendo serem efetuadas as devidas exclusões, conforme ocorreram, atendendo parcialmente a impugnação. As alíquotas aplicadas estão em conformidade com a Legislação Tributária Estadual, tendo em vista a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei 7014/96, conforme será melhor detalhada adiante.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores (demonstrativos, notas fiscais e cópia dos Livros de Registro de Entradas), a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O autuado ataca o mérito da infração 01, alegando que as notas fiscais números 47495 e 28000, estão registradas, respectivamente à fl. 06 do livro 12 e fl. 86 do livro 06 de entrada; as notas fiscais números 4188 ,10341,105477 são destinadas à outra empresa; as notas fiscais 15723, 16571, 171551877, 20544, 30158 e 16572 são relativas a arroz e a alíquota aplicada foi erradamente 17%; a nota fiscal 105956 é relativa a leite e a alíquota aplicada foi incorretamente 17%.

O autuado argui serem confiscatórias as multas de 70 e 60% aplicada nas infrações 01 e 02.

Ficou demonstrado, em relação à infração 01, que a nota fiscal nº 47495 foi realmente registrada pelo seu número do formulário (486565) à fl. 6 do livro 12 de Registro de Entrada de Mercadorias, razão pela qual, em consonância com o autuante, foi excluído o imposto reclamado em relação à mesma.

Quanto às notas fiscais números 4188,10341,105477, cabe razão a autuado quando alega serem destinadas à outra empresa, pois consta o nome do destinatário diverso do autuado (Supermercado de Cosmético e Carvalho Guimarães Distribuidora Ltda) , apesar de coincidir o número da inscrição Estadual com a do contribuinte.

Todas as demais notas fiscais foram mantidas as respectivas exigências do ICMS, em razão de que nelas constam o nome do autuado como destinatário, seu endereço e inscrição, ou então constam o nome de Supermercado Jequié como destinatário, o endereço e inscrição Estadual do autuado. Nesse segundo caso, as notas foram mantidas em decorrência do autuado ter registrado a nota fiscal nº 47495 pelo seu número do formulário (486565) à fl. 6 do livro 12 de Registro de Entrada de Mercadorias, nota esta, com o nome do destinatário “Supermercado Jequié”, razão pela qual ficou evidenciado que eram destinadas ao autuado. Quanto à nota fiscal nº 28000 não consta o seu registro nos livros fiscais indicados pelo autuado.

Já em relação às notas fiscais números 15723, 16571, 17155, 18077, 20544, 30158 e 16572 o autuado alega serem relativas a arroz e a alíquota de 17% ter sido aplicada erradamente, juntamente com a nota fiscal nº 105956 que é relativa a leite, também, segundo ele com a alíquota de 17% aplicada incorretamente. Cabe lembrar que a presente infração foi apurada com base em uma presunção legal, lastreada no pressuposto de que 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 também não contabilizadas, razão pela qual, a alíquota aplicada não decorre do tipo de mercadoria constante da nota que o autuado deixou de registrar, e sim de ocorrência de saídas tributadas realizadas anteriormente.

Quanto às notas fiscais que o autuado alega terem sido canceladas, o mesmo não traz nenhum elemento que comprove suas afirmações.

A presunção legal é prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário. Portanto, a infração sob análise, trata de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, como fez parcialmente.

Sendo assim, em relação à infração 01, foram excluídos do levantamento do autuado à fl. 7 dos autos, apenas as notas fiscais números 47495, 4188, 10341 e 105477. O autuante só acatou a nota fiscal nº 47495, entretanto, em seu demonstrativo à fl. às fls. 203 e 204, retirou exatamente as 04 notas fiscais acima referidas.

Observando que o demonstrativo à fls. 203 e 204, contempla exatamente as exclusões das notas fiscais números 47495, 4188, 10341 e 105477, em conformidade com a decisão deste relator, fica considerado para efeito dos novos valores a serem reclamados os constantes nos demonstrativos à fl. 203 a 204, ou seja, a infração 01 passa a reclamar o valor de R\$ 2.728,32, quando originalmente reclamava R\$ 5.629,68.

Quanto à argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, a que alude o autuado, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Em conformidade com o entendimento da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519, com o qual me alinho, o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto às infrações 02 e 03, não foram contestadas, a não ser a infração 02 em relação à multa aplicada que já foi apreciada. Sendo assim, são as mencionadas infrações (02 e 03) subsistentes.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298951.0604/07-2**, lavrado contra **SUPERMERCADOS CARDOSO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.756,49**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 2.728,32 e 60% sobre R\$ 28,17, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR