

A. I. Nº - 117227.0201/09-1
AUTUADO - GONÇALVES & FILHO AL CIA LTDA.
AUTUANTES - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0213-04/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO. b) MATERIAL DE USO OU CONSUMO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Ilícitos reconhecidos pelo contribuinte. Mantidas as infrações 01 a 05. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO OPR ANTECIPAÇÃO. No período fiscalizado, não existia previsão legal para o suposto ilícito. O enquadramento legal registrado no corpo do Auto de Infração diz respeito às operações de substituição tributária por antecipação, e o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, para o qual o autuante deseja que seja feito o re-enquadramento, refere-se tão somente a imposto, e não a multa, institutos que não se confundem e possuem naturezas jurídicas absolutamente distintas. Infração descaracterizada. 5. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Em face da constatação, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e, por conseguinte sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubsistência da presunção, o que não ocorreu no presente caso. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2009 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 492.865,91, além de multas, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo citadas.

- 1- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas c

- estabelecimento. Valor exigido de R\$ 4.565,20 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 464,60 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
 - 3- Utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo fixo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 388,50 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.
 - 4- Utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 76,57 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.
 - 5- Entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no valor de R\$ 1.916,80, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.
 - 6- Falta de pagamento do tributo por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federadas, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa de 60%, no valor de R\$ 2.430,33, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
 - 7- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Consta que o contribuinte não apresentou “comprovação total do pagamento do passivo – fornecedores – referente aos anos base de 2004 e 2005”. Está registrado pelo autuante que optou por “considerar que no total do passivo declarado no ano de 2005 estava adicionado o valor da diferença encontrada no passivo no ano de 2004”, razão pela qual retirou este valor do passivo de 2005. Valor exigido de R\$ 487.371,04 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 3.042 a 3.081.

Após descrever as infrações que lhe são imputadas, em preliminar, transcrevendo doutrina, sustenta a decadência do direito do Estado de lançar valores relativos a períodos anteriores a junho de 2004, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º do CTN.

Em seguida, aduz a nulidade do lançamento, em virtude da ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, fato que agride o art. 142 do CTN. Citando jurisprudência, afirma que não é suficiente fixar o valor da dívida tributária, é necessário demonstrar de onde foram extraídas as quantias sob análise.

No mérito, reconhece a procedência das infrações 01, 02, 03, 04 e 05, com exceção dos débitos concernentes ao período que entende abrangido pela decadência, bem como informa o respectivo pagamento.

Quanto à infração 06, diz que se trata de exigência do imposto por antecipação, nas entradas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, pelo que não se confundem os dois institutos: o da antecipação tributária e o da antecipação parcial.

Na presente situação, uma vez que as saídas posteriores foram regularmente escrituradas e tributadas, não houve prejuízo para o Erário. Com supedâneo no art. 112 do CTN, diz que, na data de ocorrência dos fatos geradores, não existia previsão legal para aplicação da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Entende que se está a utilizar um dispositivo legal pré-existente, que foi elaborado apenas para alcançar as operações submetidas ao regime de substituição por antecipação tributária, mesmo porque, à época, o percentual fixado de 60% aplicava-se ao descumprimento de obrigação principal.

Requer o cancelamento ou redução da penalidade, de acordo com o

No tocante à infração 07, assinala que houve excesso de equívocos, cometidos pelo autuante. O agente fiscal teria deixado de notar que os balanços e balancetes são elaborados de forma consolidada, incluindo valores referentes a filiais estabelecidas em outros estados.

Nessa senda, os saldos da conta “fornecedores” de 31/12/2004 e 31/12/2005, utilizados pelo autuante nos valores de R\$ 2.764.012,94 e R\$ 102.875,58, respectivamente, por englobarem quantias relativas a diversas unidades, são imprestáveis para os fins a que se destinaram. Seria possível segregar o que pertence à unidade autuada, localizada no Estado da Bahia, através do Livro Registro de Entradas (LRE, doc. 07), resultando, dessa forma, em uma apuração correta do resultado. Uma vez que já foi fulminado pela decadência, na sua concepção, o saldo de 30/06/2004 deve ser desconsiderado.

O saldo correto da conta em questão (“fornecedores”) é de R\$ 82.813,67 em 31/12/2004 (doc. 04) e R\$ 199.132,00 em 31/12/2005 (doc. 05). À fl. 3.070 e no doc. 03 da defesa especifica os cadastros de pessoas jurídicas e os estados em que se localizam as unidades filiais cujas operações alega que foram consolidadas.

Requer revisão fiscal, a ser perpetrada pelo autuante, tendo-se em vista o princípio da verdade material.

Reputa confiscatórias as multas cominadas, com fundamento no art. 2º do RPAF/99, nas limitações constitucionais ao poder de tributar, em doutrina e em jurisprudência.

Pede o acolhimento das preliminares, a improcedência das infrações 06 e 07, diligência e revisão fiscal, bem como o reconhecimento do caráter confiscatório das multas.

Na informação fiscal, de fls. 5.302 a 5.307, o autuante afirma que, no que se refere à infração 06, o contribuinte tem razão, uma vez que a multa deveria ter sido capitulada no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sem qualquer mudança de valor, já que o percentual é o mesmo (60%).

Discorda das razões de defesa referentes à infração 07, pois os trabalhos de auditoria foram desenvolvidos dentro da normalidade, de acordo com as regras contábeis e fiscais. O sujeito passivo apresentou ao fisco, em seus balanços dos exercícios de 2004 e 2005 (fls. 94 a 101), os valores correspondentes ao seu passivo (“fornecedores”) devidamente consolidado. Com base nos documentos requeridos e entregues (duplicatas de todos os seus estabelecimentos pagas no período fiscalizado) foi apurado o ilícito tributário.

Em seguida, aduz que não cabe ao agente fiscal discutir eventual efeito confiscatório de multa e encerra mantendo a autuação.

Às fls. 5310 a 5315, a Coordenação de Administração do CONSEF juntou comprovantes de pagamento parcial.

VOTO

As infrações 01, 02, 03, 04 e 05 não foram impugnadas, em razão de que, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento. Infrações mantidas.

O autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e livros, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado qu
entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posi

Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer prazos menores do que o do art. 150, parágrafo 4º do CTN, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu parágrafo 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Suposta inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 3.956/1981 (COTEB) não pode ser apreciada por este órgão administrativo de julgamento, tendo-se em vista o comando do art. 167, I do RPAF/99.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Relativamente ao pedido de diligência ou revisão fiscal, não há razões para o seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos, de maneira que, como dito, mostra-se desnecessário o objeto deste pleito.

O alegado efeito confiscatório das multas aplicadas não pode ser objeto deste julgamento, conforme exposto linhas atrás, em observância à norma contida no art. 167, I do RPAF/99.

No tocante ao pedido de cancelamento ou redução de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, é impossível asseverar, de forma inequívoca, que se fazem presentes todos os requisitos do art. 158 do RPAF/99, motivo pelo qual não acolho o pleito.

No mérito da infração 06, o defendente pretende afastar a acusação sob o argumento de que se está a utilizar um dispositivo legal pré-existente, que foi elaborado apenas para alcançar as operações submetidas ao regime de substituição por antecipação tributária.

De fato, a redação atual do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007. O texto vigente à época dos fatos geradores foi dado pela Lei 7.981, de 12/12/2001, com efeitos entre 13/12/2001 e 27/11/2007, contemplando apenas as operações sujeitas à substituição por antecipação tributária.

De início, é importante registrar que a multa da infração 06 não resulta de descumprimento de obrigação acessória, mas de falta de pagamento do tributo por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente. Assim, por motivos óbvios, tendo sido recolhido o tributo, não caberia exigi-lo novamente. Todavia, a multa, esta sim, decorrente de descumprimento de obrigação principal (pagar), caso legalmente prevista à época das ocorrências, poderia e deveria ser lançada, já que a atividade do agente fiscal é plenamente vinculada.

Todavia, com efeito, a penalidade foi equivocadamente aplicada e enquadrada, posto que, no período fiscalizado, não existia previsão legal para o suposto ilícito. O enquadramento legal registrado no corpo do Auto de Infração diz respeito às operações de substituição tributária por antecipação, e o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, para o qual o autuante deseja que seja feito o re-enquadramento, refere-se tão somente a imposto (obrigação tributária principal), e não a multas, institutos que não se confundem e possuem naturezas jurídicas absolutamente distintas.

Portanto, a infração 06 fica descaracterizada.

Quanto à infração 07, assinala o sujeito passivo que o agente fiscal teria deixado de notar que os balanços e balancetes são elaborados de forma consolidada, incluindo valores referentes a filiais estabelecidas em outros estados.

Compulsando os autos, vejo que não assiste razão ao contribuinte, pois as informações e livros contábeis colacionados dizem respeito ao seu CNPJ, de número 41.974.460/0001-06, alguns inclusive com Termo de Encerramento assinado pela titular da sociedade empresária e por contador responsável (fls. 94 a 101). Os comprovantes de pagamentos e duplicatas também são relativos ao mesmo CNPJ (fls. 2.816, 2.817, 3.036 e 3.039).

O autuado registrou em seus balanços dos exercícios de 2004 e 2005 (fls. 94 a 101), os valores correspondentes à sua conta denominada “fornecedores”. Deduzidos os valores das duplicatas pagas nos exercícios seguintes, relativos ao passivo registrado, foi constatada a manutenção no passivo de obrigações pagas não contabilizadas.

Em face da constatação, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e, por conseguinte, sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubsistência da presunção, o que não ocorreu no presente caso.

Infração 07 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

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 **117227.0201/09-1**, lavrado contra **GONÇALVES & FILHO AL CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 492.865,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 5.494,87, e de 70% sobre R\$ 487.371,04, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.916,80**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, sendo que as quantias já pagas devem ser homologadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR