

PROCESSO - A.I. Nº2690940005/98-5
RECORRENTE - SANTINO DANTÔNIO & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2º JJF nº 0025/00
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0451-11/02

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE BENS PARA CONSUMO OU ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Comprovada parcialmente a infração. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E TERMOS DE OCORRÊNCIAS. Subsiste a infração. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 30.11.98, para exigir o valor de R\$ 1.627,89, em razão da falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos exercícios de 1994 e 1995, como também a multa de 10 vezes o valor da UPFs-BA pela falta de escrituração do livro RUDEFTO, conforme demonstrativos e documentos de fls. 11 a 52 dos autos.

O autuado, em sua impugnação, argúi como preliminares de nulidade do Auto de Infração a: I. “Ineficácia do Termo de Início de Fiscalização. Prazo Vencido.”, eis que a fiscalização iniciou-se em 05/10/98 e o seu prazo de validade de 30 dias estendeu-se até 30/11/98, sem que houvesse prorrogação do prazo; II. “Inexistência do Termo de Encerramento de Fiscalização.”, peça basilar e essencial para a ação fiscal, culminando no completo cerceamento do direito de defesa, cuja dispensa pelo Dec. n.º 6.673/97 só poderia se fazer por Lei, já que tal obrigatoriedade foi instituída também por Lei (COTEB) e III. “Cerceamento do Direito de Defesa. Não Devolução ao Contribuinte dos Documentos Fiscais.”, que conforme art. 947, § 3º, I do RICMS/97, a apreensão só poderá perdurar até a conclusão da ação fiscal.

No mérito, alega quanto à infração 1 a existência de alguns equívocos cometidos pelo autuante, a exemplo de exigir diferencial de alíquotas sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como também sobre prestação de serviço (operação mista). Relativa à infração 2, indaga a que escrituração se refere o autuante. Argúi cerceamento ao direito de defesa, por não conhecer a infração a qual foi acusado. Pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Encaminhado ao CONSEF para julgamento, a então relatora converte o PAF em diligência para que o autuante preste informação fiscal e, após, reabra-se o prazo de defesa ao autuado.

O autuante, em sua informação, em face da defesa interposta pelo autuado, rechaça as preliminares de nulidade do Auto de Infração ao afirmar: I. que requereu a prorrogação da fiscalização, fato naturalmente ensejado na prorrogação da ordem de serviço. Esclarece que o próprio autuado

provocou a prorrogação ao entregar documentos exigidos nos meses subseqüentes; II. Que o Termo de Encerramento de Fiscalização está conjugado ao Auto de Infração, conforme Decreto nº 6.673/97. Ressalta que o COTEB, no art. 129, deixa a critério do regulamento a instituição do referido termo, não procedendo a alegação do autuado; III. Esclarece que os livros e documentos do autuado foram disponibilizados no momento da ciência do Auto de Infração, porém o mesmo recusou-se a dar ciência, sendo notificado por “A.R.”, apesar das reiteradas solicitações neste sentido, a empresa só recolheu a documentação em 05/01/99, cabendo-lhe o ônus da sua omissão.

Quanto ao mérito, no tocante à infração 1, relativo à cobrança do imposto sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária, esclarece existirem duas situações a ser examinadas:

- A primeira, quando o remetente realiza operação interestadual com mercadorias sem destaque de imposto, pressupondo-se que já havia retido em fase anterior, caracterizando-se assim uma operação não tributada. Neste caso, deve ser recolhido a diferença de alíquota pelo adquirente, uma vez que não se tem como comprovar que o Estado da Bahia recebeu o imposto devido na operação, conforme art. 1º, § 1º, V, c/c o caput do art. 77 do RICMS/89. Deste modo, afirma não caber a alegação do autuado quanto aos documentos de fls. 73 a 75 dos autos;
- A segunda situação é quando o remetente, com inscrição especial e através da GNR, retém o imposto em favor do Estado da Bahia. Nesta hipótese não cabe o pagamento do diferencial de alíquotas, pois haveria “bitributação”. Desta forma é cabível a alegação defensiva quanto aos documentos de fls. 76 e 77 do PAF.

Relativo à alegação do autuado de ter sido considerado como base de cálculo para cobrança da diferença de alíquota o valor total em operações mistas, admite o engano e acata.

No tocante à falta de tipificação do descumprimento de obrigação acessória, aduz que o contribuinte não escriturou as entradas de impressos de documentos fiscais no livro RUDFTO, descumprindo a legislação.

Por fim anexa demonstrativo, no valor de R\$ 970,06, onde se encontram devidamente retificados os valores reclamados relativos à infração 1 do Auto de Infração.

O autuado, através de seu patrono, em novo pronunciamento, reitera a arguição da nulidade do Auto de Infração, inerente a inexistência do Termo de Encerramento de Fiscalização, alegando que decreto não pode revogar dispositivo de lei. No mérito, aduz que o autuante cita como embasamento normativo o Manual de Fiscalização, o qual é de caráter interno, não tendo o contribuinte obrigação de obedecê-lo. Ressalta não caber o argumento do autuante de que “não se tem como comprovar que o Estado da Bahia recebeu o imposto devido na operação”. Destaca a existência de Acordos entre o Estado da Bahia com todos os demais (Convênios ICMS nº 85/93, 121/93, 127/93 e 110/96). Conclui que, como há Convênio disciplinando a substituição tributária interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituído é sempre do remetente.

Por fim, reconhece a acusação tipificada na infração 2.

A 2ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo patrono do autuado, eis que não procedem, uma vez que o Termo de Início de Fiscalização é um procedimento administrativo o qual

não enseja a nulidade do Auto de Infração. Ademais o próprio autuado deu causa a este acontecimento retardando a entrega dos documentos exigidos.

Quanto ao Termo de Encerramento de Fiscalização, o Decreto nº 6.673/97 aprovou a unificação do referido termo ao Auto de Infração, sendo descabida tal preliminar, eis que o COTEB, no art. 129, VIII, reporta-se ao regulamento a exigência de “outros elementos”, o qual é previsto no art. 419, § 3º do RICMS/89, então vigente.

Referente ao alegado cerceamento do direito de defesa, também não prevalece, eis que os livros e documentos fiscais, assim como o próprio processo administrativo fiscal, encontravam-se a disposição do autuado na Repartição Fiscal, a partir da notificação ao contribuinte datada de 22/12/98. Ademais, a própria defesa apresentada às fls. 56 a 86 e posteriormente, às fls. 99 a 104, após reabertura de novo prazo de defesa, demonstram que o alegado cerceamento de defesa não ocorreu, pois suas alegações defensivas foram minuciosamente procedida e sanada a suposta alegação.

Quanto ao mérito, constata-se através das peças processuais, o acerto parcial da ação fiscal. As alegações defensivas elidiram parcialmente a acusação fiscal, as quais foram reconhecidas, em parte pelo autuante e reduzido o débito conforme consta às fls. 95 dos autos. Remanescendo, apenas, as alegações defensivas inerentes as Notas Fiscais de nºs 0023, 0026 e 0048, relativas as aquisições de pneus. Aduz o autuado que havendo Acordos entre os Estados da Bahia com todos os demais a responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituto é do remetente.

Considerando que as referidas notas fiscais constam como natureza da operação “venda” e não “consumo” e que naquela condição o remetente se obrigava a efetuar a retenção do imposto sobre operações subsequentes, por força do Convênio nº 81/93, deve-se excluir tais notas fiscais do valor a ser exigido.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 649,56 [R\$ 649,563440], quanto a infração 1, nos termos do demonstrativo de fls. 95 do PAF, após exclusão, neste, das Notas Fiscais de nºs 023, 026 e 048, mantendo-se a multa de 10 UPFs-BA, inerente a infração 2”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0025/00, conforme fls. de 113 a 125 deste.

Apresenta um histórico processual onde constam desde as infrações fiscais imputadas, os fundamentos apresentados na defesa, a informação fiscal e o resultado do julgamento recorrido.

Quanto ao Recurso propriamente apresentado, repete as preliminares de nulidade por falta de termo de prorrogação do procedimento fiscal, bem como pela inexistência do termo de encerramento de fiscalização, apresentado diversos julgados do Consef pela nulidade dos Autos de Infração.

Transcreve o Artigo 33, § 1º, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 28596 de 30/12/81 vigente à época da ação fiscal, bem como o artigo 28 do RPAF/99, além do artigo 196 do CTN, para embasar a 1ª nulidade arguida, e o artigo 32 no seu parágrafo 3º do RPAF/81, como também o artigo 130 do COTEB para embasar a 2ª nulidade arguida.

Não apresenta razões de mérito e requer a decretação da nulidade do Auto de Infração.

O autuante apresenta contra-arrazoado ao Recurso, citando que o Decreto nº 6673/97 dispensou a lavratura do Termo de Encerramento de Fiscalização, nos Autos lavrados eletronicamente.

Quanto à prorrogação esta foi requerida e autorizada pela chefia imediata, fato naturalmente ensejado na prorrogação de ordem de serviço. Acha curioso o fato do autuado querer beneficiar-se do embaraço por ela acarretado, quando retardou a entrega dos documentos exigidos.

Afirma que a suposta omissão não enseja a nulidade do Auto de Infração, como se manifestou o Relator da 2ª JJF, bem como previsto pelo Artigo 18, parágrafo único do RPAF.

Entendo por demais informado no entendimento da 2ª JJF, o assunto em relação ao Termo de Encerramento de Fiscalização. Pede a manutenção do julgamento recorrido.

A PROFUZ analisa o Recurso, afirma que o mesmo limita-se a argüir duas preliminares processuais, as quais, merecem rejeição imediata visto que, nos termos do Decreto nº 6637/97, resta unificado o termo de encerramento no Auto de Infração. No que concerne ao Termo de Início de Fiscalização, se trata de procedimento administrativo obrigatório, cuja validade é prorrogável pela autoridade administrativa principalmente em função dos sucessivos atrasos do recorrente na entrega dos documentos fiscais.

Opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso.

VOTO VENCIDO

Neste Recurso Voluntário em relação à preliminar de nulidade suscitada pela falta do Termo de Encerramento de Fiscalização, entendo bem como a PROFUZ, que o Decreto nº 6637/97 vigente à época do procedimento fiscal, unificava este termo ao Auto de Infração, logo rechaço esta preliminar.

Quanto à falta da prorrogação do procedimento fiscal, RPAF/91, exigia expressamente a autorização da autoridade competente, para após 30 dias de iniciado, continuar-se o procedimento.

O autuante frisa que solicitou a prorrogação, porém, em momento algum comprova que realmente solicitou e que foi autorizado a prorrogar seu trabalho fiscal. Alegar que o autuado atrasou a entrega de documentação, não justifica a sua omissão, pois tinha procedimento próprio para evitar.

Por conseguinte, e concordando com vários julgamentos deste CONSEF sobre este assunto, acolho esta preliminar de nulidade e dou PROVIMENTO a este Recurso, para julgar NULO este Auto de Infração, pela falta da indispensável autorização de prorrogação do procedimento fiscal, prevista pelo § 1º do artigo nº 33 do RPAF/81 vigente à época da lavratura.

VOTO VENCEDOR

Peço vênias para divergir, parcialmente, do entendimento externado pelo ilustre Conselheiro Relator através do seu Voto, ante as razões que passo a expor.

A divergência aqui consignada consiste quanto ao entendimento do mesmo de que o Auto de Infração é Nulo “pela falta da indispensável autorização de prorrogação do procedimento fiscal, prevista pelo § 1º do artigo 33 do RPAF/81 vigente à época da lavratura”.

Realmente, o mencionado dispositivo regulamentar contém essa exigência a qual, se reveste de uma providência de caráter meramente administrativo. A ausência da autorização para prorrogação do procedimento fiscal não é motivo para que o lançamento seja anulado já que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas pelo art. 18 do mesmo regulamento. Aliás, a ausência da prorrogação do procedimento fiscal tem apenas o condão de devolver ao sujeito passivo a espontaneidade para efetivação de pagamento do imposto porventura existente sem o acréscimo da multa. É importante ressaltar que a ação fiscal em comento foi realizada mediante autorização contida na Ordem de Serviço nº 0090/98 da INFAZ em Jequié, a qual foi gerada pelo sistema informatizado da SEFAZ, cuja validade à época era de trinta dias e sua prorrogação só era efetivada mediante previa autorização do Inspetor Fazendário, sem a qual, o próprio sistema não acolhia a prorrogação. Estes fatos, entretanto, são de natureza interna e em nada prejudicaram ao contribuinte que exerceu, com plenitude, seu mais amplo direito de defesa.

Quanto aos “vários julgamentos deste CONSEF sobre o assunto” é importante ressaltar que as Decisões apresentadas em paradigma pelo recorrente são todas originárias de Juntas de Julgamento, logo, não são definitivas e todas passíveis de reforma quando do julgamento do Recurso de Ofício correspondente a cada uma deles, o que, sem dúvida, deve ter ocorrido pois não refletem o entendimento predominante, pelo menos nesta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Em conclusão e em consonância com o Parecer PROFAZ nº 273/02, fls.133 e 134 dos autos voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269094.0005/98-5**, lavrado contra **SANTINO DANTÔNIO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$649,56** [R\$649,5653440], atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b” da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **10 UPFs-BA**, prevista no inciso XV, “d” do citado dispositivo legal.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2002

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ