

PROCESSO - 276473.0904/03-4
RECORRENTE - LUZITANA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0008/01-04
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 06.05.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/04

EMENTA: ICMS. EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado alegou ter solicitado parcelamento do débito, sem, contudo, trazer os elementos de prova aos autos. Infração confirmada. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS. Confirmado o descumprimento da obrigação. Infração subsistente. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Não houve manifestação do sujeito passivo. Reconhecimento tácito da penalidade aplicada. 4. BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração confirmada tendo sido sanado o equívoco inicial quanto à indicação da infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Vencido o voto do relator. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O recorrente respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, inconformado com a Decisão proferida no Acórdão nº 0008/01-04 relativo ao julgamento do Auto de Infração nº 276473.0904/03-4, ao receber a intimação dando ciência da Procedência do mesmo, apresentou no prazo decendial o presente Recurso Voluntário.

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige imposto e multa no valor total de R\$23.406,65, tendo em vista que decorreu da apuração de 6 imputações, a saber: falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação; falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios;

entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal e omissão de saída de mercadorias decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios.

O sujeito passivo apresenta defesa tempestiva. Houve informação fiscal rebatendo as alegações da defesa

A Decisão recorrida rejeitou as preliminares de nulidade argüidas nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais e por inexistência e ilegitimidade do fato apontado como ilícito fiscal quanto à infração 4 e, cerceamento de defesa em relação à infração 6.

Assegura que a infração 4 tem como base as notas fiscais (vias/Fisco) colhidas pelo fisco estadual, quando do trânsito das mercadorias no território baiano tendo o autuado ciência da existência de tais documentos. Assim, as notas fiscais são provas materiais irrefutáveis das aquisições das mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas ao sujeito passivo, cujos documentos, como dito anteriormente, encontram-se anexados ao PAF.

Ressalta que, apesar de ter sido identificada a existência de equívoco na descrição da infração 6, os anexos que fazem parte integrante do processo identificam o ilícito tributário, fato demonstrado, inclusive, pelo sujeito passivo, em sua impugnação. Desta forma, tal equívoco decorreu de vício sanável já no momento da ciência da autuação, uma vez que foram entregues cópias dos demonstrativos ao impugnante, cujos anexos também fazem parte integrante dos elementos constitutivos dos autos, o que descaracteriza a alegação de cerceamento de defesa no que concerne ao não recolhimento do imposto apurado neste item da autuação, com os benefícios previstos no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, que poderia ter sido realizado pelo sujeito passivo.

No que diz respeito ao mérito da autuação, o trecho a seguir transcrito resume a linha exegética adotada pela Douta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para decidir a questão:
Em relação à infração 1, diz que:

“O autuado alegou ter solicitado parcelamento do débito e que desta forma estaria suspensa a exigência do crédito tributário, porém não trouxe aos autos qualquer elemento que viesse a confirmar tal argumentação. Mantenho a autuação.

No tocante às infrações 2 e 3, o autuado protestou alegando inexistência do débito, sem, contudo, trazer aos autos os elementos de prova do descabimento das irregularidades apontadas nos autos. Assim, com base no que dispõe o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto à infração 4, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória pela não escrituração nos livros fiscais, de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias tributadas. O sujeito passivo, ao adentrar no mérito da questão alegou que o autuante não considerou os créditos fiscais destacados nos respectivos documentos.

Em relação a este fato, esclareço que no caso em questão não se trata de cobrança de imposto, e sim, de cobrança punitiva pelo descumprimento de uma obrigação acessória, ou seja, a falta

de escrituração no livro Registro de Entradas das notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas à tributação. Confirmada a acusação fiscal.

Em relação à infração 5, que também foi aplicada multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro nos livros fiscais próprios, o autuado não se manifestou. Mantida a autuação.

No que concerne à infração 6, o autuado reconheceu ter havido equívoco no cadastramento de produtos no ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, o que levou a ser identificado, mediante auditoria feita pela fiscalização, de que mercadorias tributadas à alíquota de 17% foram identificadas como sendo tributadas por substituição tributária, resultando em registro de tais operações na coluna “outras” (sem tributação). Alegou que teria havido cadastramento inverso, ou seja, de mercadorias com fase de tributação encerrada sendo lançada como tributada. Porém, não juntou nenhum elemento de prova de tal afirmativa.

Quanto aos créditos fiscais não utilizados, este não é o momento oportuno para sua regularização, tendo em vista as disposições regulamentares. O art. 101, §§ 1º e 2º, do RICMS/97, assegura ao contribuinte proceder a escrituração dos referidos documentos utilizando-se dos créditos extemporâneos...”

Em conclusão diz que: “Como a infração cuida de falta de recolhimento do imposto em razão de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, deve ser corrigida a tipificação de multa para a prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 (60%).”

Ao final julga Procedente o Auto de Infração.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário, fundamentado nas seguintes razões:

Infração 1 – Quanto às mercadorias efetivamente adquiridas e adentradas no estabelecimento do autuado, a exigência improcede, visto que o crédito tributário, está previsto no art. 151, inciso VI do CTN, que prevê a suspensão da exibilidade ante o parcelamento.

Infrações 2, 3, 4 e 5 devem ser excluídas da imputação, tendo em vista que foram pagas com os benefícios de isenção previstas na Lei nº 8.887 de 28/11/2003, conforme DAE anexo, (fls. 161/1162), no valor de R\$5.539,77 e Extrato de Pagamento do SIDAT, fl. 167 dos autos.

Infração 6 – A Decisão que se recorre reconheceu o equívoco da penalidade, entretanto, não sanou o prejuízo sofrido pela autuada, que fora cerceada, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96 de recolher a infração com 100% de redução da multa.

Pugna pela improcedência das infrações 1 e 2, face aos vícios apontados.

A PROFIS, em Parecer de fl. 171/172, diz que: “... A d. JJF entendeu, assim como a autuante, que os fatos ocorridos em relação ao item 6 caracterizam em verdade o quanto previsto no art. 42, II, a, da Lei nº 7.014/96.

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente.”

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados.

Esclarece que: “Foi afastado, portanto, o cometimento da infração inicialmente imputada, prevista no art. 42, III.... **III** – 70% (setenta por cento), aplicável no caso de prática de atos fraudulentos.

Destaca mais ainda que o “ O contribuinte alegou, desde então, que caso fosse reconhecido o devido enquadramento legal da multa, lhe fosse concedido o direito ao recolhimento do imposto com a redução prevista no art. 45-A da Lei nº 7.014/96.

Observa que a d. JJF entendeu que ao contribuinte fora permitido desde o início a fruição do quanto previsto no art. 45, inciso I, da Lei nº 7.014 – 80% (oitenta por cento) se for pago no prazo de 10 dias da ciência da lavratura do Auto de Infração.

Em conclusão, diz verificar que razão assiste ao contribuinte, pois não lhe foi possível usufruir da redução de multa prevista no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, após o enquadramento pela JJF do dispositivo legal, qual seja o art. 42, II, “a”.

Com isso, afirma, o “direito do contribuinte foi cerceado, devendo, assim, ser restaurado, com a anulação parcial da decisão recorrida, reabindo-se prazo para que o contribuinte exerça, se desejar, o direito à referida redução”.

Na assentada de julgamento a Representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, reformulou o Parecer às fls. 171 e 172 dos autos, opinando, na sustentação oral, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCIDO

Analisando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a infração, objeto deste Recurso, verifica-se o seguinte:

As Infrações 2, 3, 4 e 5 devem ser homologadas, tendo em vista que foram pagas com os benefícios de isenção previstos na Lei nº 8.887 de 28/11/2003, conforme DAE anexo, (fls. 161/1162), no valor de R\$5.539,77 e extrato de pagamento do SIDAT, fl. 167 dos autos.

Em relação à infração 1, “O autuado alegou ter solicitado parcelamento do débito e que desta forma estaria suspensa a exigência do crédito tributário, porém não trouxe aos autos qualquer elemento que viesse a confirmar tal argumentação. Portanto, fica mantida a autuação.

Quanto à Infração 6 – A Decisão que se recorre reconheceu o equívoco da penalidade, entretanto, não sanou o prejuízo sofrido pelo autuado, que fora cerceado, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96 de recolher a infração com 100% de redução da multa.

Quanto aos créditos fiscais não utilizados, este não é o momento oportuno para sua regularização, tendo em vista as disposições regulamentares. O art. 101, §§ 1º e 2º, do RICMS/97, assegura ao

contribuinte proceder a escrituração dos referidos documentos utilizando-se dos créditos extemporâneos.

Pelas razões apontadas, em consonância com a PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 171/172, voto no sentido de Anular Parcialmente a Decisão recorrida, reabrindo-se o prazo para que o contribuinte exerça, se desejar, o direito a referida redução.

Pelas razões expostas, voto pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR

A divergência em relação ao Sr. relator se restringe à Anulação Parcial da Decisão de 1ª grau, quanto ao crédito tributário exigido no item 6 do Auto de Infração, posto que o benefício da redução de 100% da multa, prevista na Lei nº 7.014/96, não se aplica ao contribuinte autuado. De acordo com a redação inserida pela Lei nº 8.534/02, efeitos a partir de 14/12/02, o benefício da redução só se aplica aos contribuintes que:

a) não tenham débitos inscritos em Dívida Ativa cuja exigibilidade não esteja suspensa;

b) tenham cometido, nos três anos imediatamente anteriores à data da lavratura do Auto de Infração, alguma das infrações referidas no “caput” do art. 45-A, sem dolo, fraude ou simulação, excetuada a infração prevista na alínea “d”, do inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que dispensa o pressuposto da fraude, do dolo ou da simulação.

Consultando o sistema de informações do contribuinte (INC), da Secretaria da Fazenda, consta a existência do Auto de Infração nº 2993241201010, lavrado em 05/12/01, no qual foi imputada a infração de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. A multa aplicável a essa infração é exatamente a prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da lei do ICMS, que exclui a possibilidade de redução de multa. O referido Auto de Infração foi julgado Parcialmente Procedente na 1ª Instância, relativamente àquela exigência fiscal, em Decisão proferida no Acórdão nº 0188/02-2002, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em 03/06/2002, que transitou em julgado na via administrativa, face à ausência de Recurso impugnando aquele item. Em consequência, o pressuposto legal, de não cometimento de infração nos três anos anteriores a lavratura do Auto de Infração, para o gozo de benefício, não foi preenchido pelo contribuinte, razão pela qual divirjo do voto do Sr. relator, e mantenho a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência “*in totum*” da exigência fiscal. Importante ressaltar que a representante da Procuradoria Estadual, na assentada de julgamento, reformulou o Parecer exarado às fls. 171 e 172 dos autos, opinando, na sustentação oral, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0904/03-4**, lavrado contra **LUZITANA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.144,13**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$1.562,84 e 60% sobre

R\$9.706,26, R\$1.458,9, R\$3.416,12, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$7.262,52**, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, IX e XI, do mesmo Diploma Legal, devendo homologar-se os valores efetivamente já recolhidos.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros – Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros – José Raimundo Ferreira dos Santos e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR /VOTO VENCIDO

TOLSTOI SEARA NOLASCO - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS