

PROCESSO - A. I. Nº 149269.0003/03-2
RECORRENTE - COMERCIAL BELLANDI LIMA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0227-02/04
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 07/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0233-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** DOCUMENTO FISCAL FALSO OU INIDÔNEO. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO À OPERAÇÃO DE SAÍDA TRIBUTADA. Infrações devidamente caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10%. Exigência parcialmente subsistente, após aplicação da penalidade de 1% sobre o valor comercial das mercadorias com imposto pago por antecipação. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado COMERCIAL BELLANDI LIMA LTDA., em face da Decisão que declarou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 149269.0003/03-2.

O recorrente alega, em síntese:

- a nulidade da autuação, por estar baseada em premissas falsas, por discrepância entre os dados reais e os lançados e inobservância do RPAF;
- que tinha direito ao crédito das mercadorias vendidas com substituição tributária apontadas no item 1 da acusação fiscal;
- em relação ao item 2, que não lhe cabe verificar a regularidade das empresas com que comercializa;
- que tem direito aos créditos por ele suportados relativos aos fretes apontados na acusação 3;
- quanto ao item 4, que se baseia em premissas falsas;
- em relação ao item 5 alega não dever a diferença entre a alíquota interna e a interestadual por se tratar de caminhão - ativo fixo

- quanto ao item 6, alega não ter adquirido mercadorias tributadas sem proceder ao registro das entradas.

Afirma o autuado que as multas propostas são exacerbadas e confiscatórias.

A Douta procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa analisando os autos aponta o entendimento do autuado quanto às acusações fiscais e que lhe fora assegurado o direito de defesa, o que afasta a alegação de nulidade.

Quanto à alegação de que as multas seriam confiscatórias, verificara a Dra. procuradora que elas se extraem de disposições legais pertinentes e que falece competência ao CONSEF para apreciar alegação de inconstitucionalidade.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2003, exige o valor de R\$42.678,43, em razão:

1. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.119,07, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, inerente ao exercício de 1998, conforme demonstrativo às fls. 14 e 15 do PAF;
2. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.975,00, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, relativos às Notas Fiscais de nºs 717 de 28/01/99; 719 de 29/01/99 e 720 de 27/01/99, emitidos pela empresa Super Ralik Comercial de Alimentos Ltda, Inscrição Estadual nº 30.063.026, cuja impressão não foi autorizada pela SEFAZ, por tratar-se de microempresa, conforme documentos às fls. 27 a 36 do PAF;
3. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$970,87, relativo ao exercício de 1998, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, conforme demonstrativos às fls. 37 a 39;
4. da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$20.864,05, inerente aos exercícios de 1998 e 1999, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, conforme documentos às fls. 40 a 140;
5. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$3.789,80, decorrente da diferença de alíquotas na aquisição interestadual de um veículo, relativo a Nota Fiscal de nº 101597 de 30/07/98, destinado ao ativo fixo do estabelecimento, consoante fl. 141 do PAF;
6. da multa, no valor de R\$7.959,64, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, inerente ao exercício de 1998, consoante fls. 142 a 159 dos autos.

O autuado alegara preliminar de nulidade do Auto de Infração, às fls. 163 a 177, dos autos, sob a alegação de que a autuação partira de premissas e dados contábeis falsos, havendo enorme discrepância entre os dados reais e os lançados, resultando indevida a exigência do tributo e da multa que inquina de confiscatória e inconstitucional.

Alegara, também, o autuado, que o Auto de Infração seria nulo porque teriam sido inobservadas as disposições pertinentes do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – para a validade da autuação fiscal e garantia do contribuinte e da Fazenda Pública.

No mérito, são as seguintes as aduções:

Quanto à primeira infração, não tinha que ser exigida pela utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação

tributária, vez que, embora, por erro tenha se creditado do imposto incidente nas operações, destacara nas saídas a alíquota de 17%, como comprovariam as notas fiscais de venda de leite de coco, anexas às fls. 195 e 196 dos autos. Assim, alegara, teria pago tributo além do devido, cabendo-lhe ter restituído o valor recolhido a mais.

Em relação à exigência por crédito indevido decorrente de documentos fiscais falsos ou inidôneos, defendera-se alegando não ser de sua obrigação fiscalizar as demais empresas para saber se os documentos fiscais por elas emitidos tinham validade ou se teriam sido autorizados para impressão, pois tal atribuição seria da fiscalização, devendo-se cobrar o imposto devido dos respectivos emitentes.

Quanto à acusação de uso do crédito indevido incidente sobre o serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, alegara que os valores exigidos referem-se a frete por cláusula FOB, pago por ela, impugnante, e que neste caso o RICMS prevê o crédito do ICMS, conforme preceituam os artigos 94 e 95 do citado RICMS.

Quanto à exigência relativa à falta de antecipação do ICMS, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeita à substituição tributária, entende que teria havido desobediência a Constituição Federal, ao CTN e ao RICMS, porquanto, partindo de premissas falsas, a fiscalização praticara exigência indevida de pagamento de tributo, acrescido de multa inconstitucional e que foram inobservadas todas as disposições constantes do RPAF para validade da autuação fiscal.

No que pertine à exigência da diferença de alíquotas na aquisição interestadual de mercadoria destinada ao ativo fixo, alegara não ser de sua obrigação recolher o ICMS, pois se trata de um caminhão adquirido para composição de ativo permanente, através da Nota Fiscal de nº 101597, cuja operação não incide tributação, conforme preceitua o art. 7º, inciso IV, do RICMS.

Finalmente, quanto à multa pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, aduzira que, com exceção da Nota Fiscal de nº 101597 (indicada no item anterior), não recebera tais mercadorias constantes de notas fiscais capturadas pelo CFAMT, destacando tratar-se de uma pequena empresa, e conclui que terceiros teriam se utilizado de seus dados cadastrais, que a exigência é um verdadeiro arbitramento da base de cálculo e que quase todos os produtos constantes das notas fiscais objeto desta acusação são isentos e não tributáveis, a exemplo da Nota Fiscal nºs 101597 (ativo permanente) e 48128; 48129; 52506 e 52507, relativas a açúcar, além de outras notas fiscais referentes a charque e bebidas, produtos sob regime de substituição tributária, e por isso não tributáveis, além de feijão, incluso como cesta básica, o que deveria implicar em multa de 1%, prevista no art. 915, inciso XI, do RICMS.

Reiterando o seu entendimento de que as multas aplicadas seriam confiscatórias e citando Decisão do STJ sobre o IPTU e doutrina sobre a matéria, pedira que a autuação, antes às nulidades apontadas fosse julgada improcedente, com a exclusão da multa, ou a sua redução para 10%.

A autuante, em informação fiscal, às fls. 200 a 204 dos autos, dissera que a primeira infração trata-se da entrada de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, tais como, açúcar, leite de coco, suco, absorventes, nescau e bebidas, constantes do demonstrativo às fls. 14 e 15 dos autos, e que de acordo com o art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS é vedado ao contribuinte se creditar do ICMS. Informa que o autuado juntou duas cópias de notas fiscais com o produto “leite de coco” com destaque do imposto de 17% na saída, querendo justificar que não caberia a exigência fiscal, por ter pago o tributo a mais do que o devido. Registra que a escrita fiscal do autuado é muito irregular, às vezes recolhendo o imposto por antecipação e outras vezes não, se creditando do ICMS, circunstância que ocasionou esta infração e que se o contribuinte entende que recolheu tributo a mais, caber-lhe-ia solicitar a devolução.

Relativa à segunda infração, dissera ser visível a falsificação grosseira das Notas Fiscais de nºs 717; 719 e 720, supostamente emitidas pela empresa Super Ralik Comercial de Alimentos Ltda, cuja empresa é inscrita na condição de microempresa, conforme documentos às fls. 30 a 36 dos autos. Destaca inclusive a existência de divergência no documento fiscal do endereço da emitente; a emissão das referidas notas fiscais fora da ordem cronológica e os altos valores nelas constantes, levando a crer que os referidos documentos foram registrados tão-somente para dar crédito. Por fim, invoca o art. 142, inciso I, do RICMS, no qual prevê que o contribuinte deve exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do cartão de inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não recolhimento do imposto, total ou parcialmente.

Quanto à terceira infração, informara o autuante que o autuado se creditara do ICMS sobre os fretes, deixando de fornecer à fiscalização todos os conhecimentos. Assim, foi elaborado um demonstrativo, às fls. 38 e 39, constando o valor creditado e o valor comprovado, resultando na diferença exigida.

Quanto à quarta infração, afirmara o autuante que, de acordo com o RICMS os produtos elencados no anexo 88 estão sujeitos ao recolhimento da antecipação do ICMS, sendo que o contribuinte recolheu imposto antecipado de algumas notas fiscais.

No tocante à quinta infração, o autuante entendera que o autuado desconhecia ser devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre bens ou serviços adquiridos em outras unidades da Federação e que o defendente transcrevera o art. 7º, inciso IV, do RICMS, de forma incompleta, de modo a tentar confundir os julgadores.

Quanto à sexta e última infração, informara que foram recuperadas através do CFAMT as notas fiscais constantes do demonstrativo à fl. 142 dos autos, não registradas na escrita fiscal e contábil, por não existirem, sendo aplicada a multa de 10% do valor comercial da mercadoria, conforme previsto no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96 e no art. 915, inciso IX, do RICMS.

O autuante mantivera na íntegra a ação fiscal. O autuado, intimado a tomar conhecimento dos documentos juntados à informação fiscal, apresentara novas razões de defesa, às fls. 211 a 214 dos autos, onde, preliminarmente, reiterara, sob os mesmos argumentos, a nulidade do Auto de Infração, acrescentando apenas que não tivera ciência das razões que motivaram a juntada dos referidos documentos.

No mérito, dissera entender que o documento de fl. 205 corrobora com a impugnação apresentada contra a segunda acusação fiscal e que o documento de fl. 206 fora elaborado após a defesa para tentar justificar as irregularidades da imposição fiscal, destacando ser o mesmo estranho ao caso, não exercendo qualquer influência no julgamento e voltou a requerer a improcedência do Auto de Infração.

A autuante, em novo pronunciamento, à fl. 218 do PAF, presume que o autuado não entendeu que a juntada de novos documentos probatórios da autuação, está prevista no parágrafo único do art. 137 do RPAF e ratificara a ação fiscal.

Em seu relatório perante a 2ª Junta de Julgamento Fiscal o relator do processo na primeira instância de julgamento diz que o fato do contribuinte apresentar duas notas fiscais de sua emissão com destaque do imposto nas vendas de leite de coco (fls. 195 e 196), não o credencia nem legaliza a utilização de tais créditos fiscais, cabendo ao interessado pleitear junto à repartição fiscal a restituição do indébito, conforme previsto na legislação.

Quanto à 2ª infração, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos emitidos pela empresa Super Ralik Comercial de Alimentos Ltda, com impressão não autorizada pela SEFAZ, por tratar-

se de microempresa, diz que os documentos às fls. 27 a 36 do PAF atestam a condição do emitente de microempresa, assim como a falta de autorização para a impressão para a nota fiscal de modelo “1”, e principalmente a inexistência da AIDF de nº 064200201/97, constante nas referidas notas fiscais, restando comprovado tratar-se de notas fiscais falsas, sendo vedado ao contribuinte creditar-se do imposto destacado, nos termos do art. 97, inciso VII, do RICMS.

Quanto à Infração 3, referente ao crédito de ICMS indevido decorrente do serviço de transporte não vinculado à operação de saída subsequente tributada diz o relator que o defendente não traz aos autos os conhecimentos de transportes, em seu poder, para comprovar sua alegação de que tais valores exigidos referem-se à cláusula FOB, e teriam sido pagos pelo impugnante.

No que concerne à Infração 4, relativa à falta da antecipação do ICMS em aquisições interestaduais de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, diz o relator da 2ª JF que o contribuinte não apresenta qualquer argumentação ou documentação capaz de elidir a acusação fiscal, que se encontra devidamente fundamentada em demonstrativos sintético e analítico, além das próprias notas fiscais, conforme se pode constatar às fls. 40 a 140 do PAF.

No que se refere à Infração 5, decorrente da falta de recolhimento da diferença de alíquotas, correspondente à aquisição interestadual de bem destinado ao ativo fixo da empresa, conforme dispõe o art. 7º, inciso IV, do RICMS, observa que tal dispositivo não se aplica ao contribuinte, e sim a produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais, contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta e a transportadores e contribuintes dispensados da escrituração fiscal. Assim, é devido o imposto nos termos do art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96 e no art. 5º, inciso I, c/c o art. 69, ambos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Quanto à Infração 6, com proposição de multa, no valor de R\$7.959,64, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, diz estar a infração devidamente comprovada, conforme fls. 142 a 159 dos autos, afirma o relator que os próprios documentos fiscais atestam tais aquisições por neles constarem todos os seus dados cadastrais, tendo sido os mesmos capturados pelos postos fiscais quando do trajeto das mercadorias ao próprio contribuinte, e que os produtos são relativos à sua atividade comercial. Segundo o relator, deve-se ressaltar a existência de mercadorias que deveriam ser objeto de antecipação tributária por parte do contribuinte, a exemplo de charque e bebidas, e que não foram, sendo tal penalidade benéfica ao infrator, caindo por terra sua alegação de que *“quase todas as descrições dos produtos constantes nas Notas Fiscais são isentas e não tributáveis...”*. Contudo, no que se refere às aquisições de açúcar, cujo imposto foi objeto de substituição tributária por parte do fornecedor, referente às Notas Fiscais de nºs: 48128; 48129; 52506 e 52507, com base de cálculo no montante de R\$11.300,01, afirma o relator do processo perante a Junta de Julgamento Fiscal subsistir apenas o montante de R\$113,00, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, cujo imposto já havia sido pago por antecipação, consoante art. 915, XI do RICMS, alterado pelo Decreto nº 8.868/04, por ser mais benéfico ao contribuinte. Por isso, subsiste em parte esta infração, no valor total de R\$6.942,64, sendo 10% sobre o valor de R\$68.296,46 (resultado do montante de R\$79.596,47, base de cálculo original, menos R\$11.300,01) e 1% sobre o valor de R\$11.300,01.

O relator da 2ª JF, após sua exposição, votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$41.661,43, após a redução do valor da penalidade constante da sexta infração.

Em suas razões recursais o autuado diz ter havido um arremedo de julgamento, conduta que ataca como contrário à moral, à legalidade e a diversos outros princípios constitucionais, repete os argumentos já antes expendidos e fartamente analisados no julgamento inicial, para ao final requerer a decretação de improcedência face as nulidades que entende existirem e a exclusão ou redação da multa para 10% e, ainda, perícia judicial.

VOTO

Acolho a fundamentação de voto do Dr. Fernando Araújo, relator do processo na primeira instância, por verificar que as arguições defensivas, analisadas de per si, não vieram lastreadas em documentos ou em argumentos juridicamente válidos, capazes de fragilizarem a autuação, assim como, repetidas no Recurso Voluntário, as mesmas arguições, não se revelam capazes de fragilizarem a Decisão recorrida.

Acolho, também, o Parecer opinativo da douta representante da PGE/PROFIS, pois o autuado entendera as acusações fiscais que lhe foram imputadas e lhe foi assegurado o direito de defesa, o que afasta a alegação de nulidade.

Afasto a alegação do autuado de que as multas são confiscatórias, pois elas se alojam em disposições de lei e deixo de analisar alegação de inconstitucionalidade porque falece competência ao esse Conselho de Fazenda para fazê-lo.

Quanto às questões de mérito, não acolho as alegações do recorrente porque não estão suportadas em documentos que fragilizem a acusação e porque as razões apresentadas não têm respaldo em lei para justificar seu acolhimento. A análise procedida em relação a cada uma das infrações se revela perfeita, foram analisadas todas as alegações do autuado, como agora se faz no Recurso Voluntário, não sendo encontradas fragilidades na Decisão recorrida que a possam desconstituir como boa e valiosa para a sua finalidade.

Por isso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.0003/03-2, lavrado contra **COMERCIAL BELLANDI LIMA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.718,79**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$31.743,79 e 100% sobre R\$2.975,00, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, e V, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além das multas nos valores de R\$6.829,64 e R\$113,00, atualizadas monetariamente, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

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