

A. I. N° - 115969.0035/03-0
AUTUADO - PRINCE NUTRIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 13. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-04/04

EMENTA: ICMS. 1. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/04/03, exige ICMS e MULTA, no valor total de R\$ 165.974,57, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no montante de R\$ 67.490,80, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias (charque e café) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
- 2- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido a multa no valor de R\$ 98.483,77.

O autuado apresentou defesa, às folhas 221 a 245, impugnando o lançamento tributário, inicialmente em relação à infração 02, por entender que a infração 01 exigirá uma maior análise do caso, razão pela qual resolveu inverter a ordem.

Assim, em relação à infração 02, alega que a empresa é optante do regime de apuração em função da receita bruta, estando dispensada da escrituração do livro de Registro de Entradas, como dispões o art. 504, X, do RICMS/97.

Aduz que foi autuado em 17/11/2000, Auto de Infração 207160.0011/00-3, por falta de registro na escrita fiscal apurada através do cotejo entre as notas fiscais constantes no CEFAMT e os registros na escrita fiscal “contábil da empresa, atos estes que não se revelaram praticados pelo signatário, “senão por terceiros aproveitadores”; naquela oportunidade, com base na defesa da empresa, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão acostado – Doc.06) decidiu por unanimidade descaracterizar a infração, tendo transcrito trecho Ementa.

Em seguida transcreveu decisões sobre o Auto de Infração Nº 03134406/97, Resolução 3367/98 (2ª Câmara) e Resolução 1477/98 (3ª Junta de Julgamento Fiscal), ambas julgando pela Improcedência da referida autuação.

Salienta que o RICMS/97 só admite o desenquadramento do regime de apuração em função da receita bruta nos casos descritos no inciso XIII, do art. 504.

Assevera que a empresa não deixou de exercer com exclusividade a atividade compatível com o regime, nem prestou declarações inexatas e que a “Fazenda jamais flagrou ou verificou que o contribuinte atuava no mercado atacadista ou varejista de gêneros”.

Afirma que: “A única atividade da empresa é fornecer refeições coletivas, pré-preparadas, para distribuição em quentinhas, ou preparadas no interior de repartições públicas ou privadas”.

Ressalta que o Conselho de Fazenda Estadual, através da sua 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, julgando o Recurso Voluntário interposto pelo próprio Autuado, em outro Auto de Infração nº 232884.0021/01-1, entendeu ser a empresa optante do Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

Sustenta que a presente autuação ocorreu em sua maior parte por mercadorias adquiridas antes de 29/05/2002, data do julgamento acima citado, o que, em seu entendimento, demonstra que a Fazenda reconheceu que o autuado continua enquadrado no regime simplificado, estatuído pelo art. 504, do RCMS/97.

Quanto à infração 01, informa que foi autuado, anteriormente, em 17/11/2000, sobre a mesma acusação, ocasião em que apresentou defesa alegando que não realizou as operações, porém, a SEFAZ não acatou as alegações defensivas por entender que faltava prova, estando o processo em fase de execução fiscal. Razão pela qual, o autuado ajuizou ações contra as empresas que de algum modo participaram da fraude, tentando desta forma comprovar o alegado nos embargos à execução, fls.228 a 230.

Assegura que, para demonstrar a gravidade do assunto e a seriedade com que vem tratando do fato, ingressou com Notícias Crime e denúncias no Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, na Auditoria do INSS na Bahia.

Argumenta que as compras realizadas junto às empresas que revendem charque não foram adquiridas pelo autuado, uma vez que as quantidades não condizem com as necessidades da empresa. Não há que se cogitar na hipótese da empresa tenha revendido a mercadoria, haja vista, não fazer parte das atividades da empresa o comércio atacadista, fl. 231. As receitas da empresa advêm única e exclusivamente da comercialização de quentinhas pré-preparadas ou produzidas no interior de cozinhas privadas ou do serviço público, como hospitais, repartições, entre outros.

Destaca que, como se pode verificar, várias das notas objeto desta autuação contém os mesmos vícios da autuação anterior, o que demonstra que a empresa estava certa, em levar a discussão ao Judiciário e aos órgãos competente.

Prosseguindo, passou a discriminar as irregularidades encontradas nas notas fiscais.

Apoiado no princípio da eventualidade, diz que a autuação não poderá ser julgada procedente, pois a obrigação do recolhimento antecipado do ICMS no caso em tela, tem como fato gerador o momento da venda da mercadoria, dentro deste Estado, o que não é o caso, pois a empresa não revende os produtos.

Reitera que nos autos não se encontra qualquer prova de que a empresa vendeu as mercadorias constantes da autuação. A empresa reconhece como suas, diversas compras sem o devido registro

fiscal, contudo, isto não enseja qualquer autuação, haja vista que a mesma é dispensada da escrituração do livro Registro de Entradas, como dispõe o art. 504, X, do RICMS/97.

Às folhas 235 a 245, o autuado requer a realização perícia técnica, perícia física das instalações, diligências, para comprovar que não houve entrada, através da aquisições, ou saída, pelas vendas das mercadorias atribuídas à empresa na autuação, citando doutrinadores, dispositivos do RPAF, para embasar seu pedido. Tendo indicado assistente técnico e formulado diversos quesitos.

Na informação fiscal, às folhas 670 a 672, a autuante aduz que, no que se refere às fraudes, praticadas em nome do autuado, fls. 228 a 230, a investigação é de atribuição dos órgãos competentes, os quais já foram notificados, conforme demonstra a defesa, ao longo dos volumes 1 e 2.

Quanto se diz desobrigada de recolher o imposto por substituição, com o argumento de que as mercadorias entram na produção dos cardápios, não há documentos comprobatórios. Além do que, no período de ocorrência da autuação, a empresa não estava enquadrada na atividade econômica de Restaurante, e sim, na 5139-0/99 – Comércio Atacadista de Outros Produtos Alimentícios – Regime de Apuração Conta Corrente Fiscal, conforme documentos acostados às folhas 673 a 679.

Quanto à infração 02, diz que além dos dispositivos legais, foi observado os registros da SEFAZ. Como se vê, a empresa, desde 31/12/1998, encontra-se inscrita na atividade 5139-0/99 – Comércio Atacadista de Outros Produtos Alimentícios – Forma de Pagamento – C/Corrente Fiscal, conforme documento anexo, fl. 673.

Salienta que, em 12/01/1999, o contribuinte solicitou Regime Especial, por ser fornecedora de mercadorias em atacado. Portanto, admite o enquadramento na atividade de atacadista, folhas 674 a 677, permanecendo nessa atividade até 11/04/2001, fls. 678 a 680. A partir dessa data, retorna para a atividade 5521-2/01 – Restaurante, porém, continua como forma de pagamento Conta Corrente Fiscal, fls. 681 e 682.

Conclui que, diante dos fatos acima, não há razão para o contribuinte continuar se considerando enquadrado no Regime de Apuração pela Receita Bruta.

Ao finalizar, opina pela procedência da autuação.

A INFAZ- BONOCÔ, através da intimação de fl. 689, entregou cópia ao autuado, dos documentos acostado na informação fiscal, para se manifestar.

Em sua nova intervenção às fls. 697 a 702 dos autos, o autuado diz que, na informação fiscal, em apertada síntese procurou a autuante defender a autuação, sem, contudo, atentar para os documentos juntados pelo autuado na defesa, incorrendo em erro e contradição, violando o inclusive o § 6º, do art. 127, do RPAF/99.

Reitera que estava enquadrada na atividade econômica Restaurante, apurando o imposto em função da Receita Bruta, conforme já fundamentado da defesa inicial.

Assevera que os documentos apresentados pela autuante não servem para comprovar que a empresa descumpriu o regime do pagamento do imposto em razão da receita bruta.

Sobre à infração 02, aduz que a autuante trouxe a baila documentos datados de 1998, antes inclusive da promulgação da Alteração nº 5, que modificou a seção I, do Capítulo XXX, que trata das Operações Realizadas por Contribuintes Optantes pelo Pagamento do Imposto em Função da Receita Bruta.

Argumenta que estes documentos não têm qualquer validade, sobretudo, se confrontados com as decisões deste Colegiado, que reconheceram por duas vezes que a empresa sempre funcionou sobre o regime de apuração em função da receita bruta.

Ao finalizar, requer a realização de perícia, que seja julgado improcedente o Auto de Infração, sem embargo da arguição de nulidade.

A 4ª JJF resolveu converter o PAF em diligência à PROFIS para emissão de parecer sobre se, diante das diversas ações judiciais promovidas pelo autuado, estaria o PAF em condições de julgamento administrativo ou teria de aguardar uma decisão judicial.

A PROFIS, em parecer às fls. 710 e 711, posiciona-se nos seguintes termos:

“1 – A concomitância de ações judiciais com o processo administrativo fiscal está regulamentada no RPAF/99 a partir do art. 117, de onde se depreende algumas normas, sob luz das quais responderemos a indagação.

2 – Apenas ações cíveis teriam condições de interferirem no julgamento administrativo do presente PAF, e mesmo assim dentro dos limites impostos na legislação, só suspenderiam o curso do PAF se suspendessem a exigibilidade do crédito tributário conforme hipóteses previstas no C.T.N., onde haveria encerramento da via judicial.

3 – Por outro lado, a propositura de ações judiciais contra o FISCO implicariam em renúncia ou desistência do processo administrativo, este seria encerrado e remetido à PGE que ajuizaria ou não a cobrança judicial, a depender de estar suspensa ou não a exigibilidade do crédito fiscal.

4 – Em relação às ações indicadas pela autuada, estas não foram proposta contra o FISCO e sim contra pessoas jurídicas outras, as quais a autuada alega terem responsabilidade sobre o ilícito cometido.

5 – Diz o art. 121 do CTN que o Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e neste caso é a pessoa indicada no presente auto de infração, seja por obrigação própria como na infração 2 ou por substituição como na infração 1, ambas com previsão legal.

6 – Acaso a autuada, ao final das ações que propôs contra as empresas que alega terem responsabilidade pelo cometimento das infrações aduzidas, obtenha êxito deve agir regressivamente contra elas nas esferas cível ou penal, conforme o caso.

Concluindo, vale ainda considerar que a responsabilidade tributária tem caráter objeto, logo, o presente PAF deve ser processado, e julgado as infrações nele consignadas da forma que se apresentam, com as provas e evidências que configurem a relação jurídica tributária que deu origem ao presente lançamento.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condições de ser instruído, devendo ser redistribuído ao Relator para incluir em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente não acato os pedidos de perícia técnica, perícia fiscal das instalações e diligência, pois os elementos constantes do PAF são suficientes para formação da convicção dos julgadores.

Fundamentou-se a autuação em razão do autuado não ter efetuado o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias (charque e café) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 (infração 01) e por haver dado entrada de mercadorias tributadas em seu estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi cobrada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias.

Relativamente ao argumento defensivo de que ingressou com varias ações judiciais contra diversas empresas, que estariam utilizando de sua inscrição estadual para realizar diversas aquisições, saliento que o PAF foi submetido à parecer da PGE/PROFIS, a qual se posicionou nos termos consignado no relatório acima, tendo concluído que:

“Concluindo, vale ainda ressaltar que a responsabilidade tributária tem caráter objeto, logo, o presente PAF deve ser processado e julgado as infrações nele consignadas da forma que se apresentam, com as provas e evidências que configurem a relação jurídica tributária que deu origem ao presente lançamento”.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, quanto à infração 01, constata-se que o autuado, conforme Termo de Acordo celebrado com Administração Tributaria Estadual, declarou expressamente que exercia a atividade de comercio atacadista, razão pela qual o referido acordo foi assinado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 675 a 677, Assim, não resta duvida de que o estabelecimento autuado estava enquadrado na atividade de comércio atacadista, conforme extratos do SIDAT, fls. 678 a 680, ademais, o mesmo reiterou essa condição para usufruir dos benefícios da redução da base de cálculo do imposto para os contribuintes enquadrados na atividade de beneficio atacadista.

Ressalto que o estabelecimento, para fim de cumprimentos das obrigações acessórias e principais, são independente entre si. Logo, o estabelecimento autuado deveria ter formalizado a sua opção mediante o preenchimento e entrega do Documento de Informação Cadastral (DIC), com assinalação da alteração do regime de apuração do imposto, conforme art. 504, II, do RICMS/97, o qual dependeria de uma análise pela Autoridade Fazendária para o seu deferimento, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, entendo que o procedimento da auditora foi correto, cuja exigência tem respaldo legal no art. 371, I, “a”, do RICMS/97, devendo ser mantida a autuação.

Em relação à Infração 02, o autuado alega é optante do regime de apuração em função da receita bruta, estando dispensada da escrituração do livro de Registro de Entradas, como dispõe o art. 504, X, do RICMS/97.

Conforme já fundamentado acima, o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que o autuado não comprovou seu enquadramento conforme previsto no art. 504, II, do RICMS/97. Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0035/03-0**, lavrado contra **PRINCE NUTRIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 67.490,80**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$ 98.483,77**, prevista no inciso IX, do mesmo art. e lei, sendo **R\$93.518,39**, atualizado monetariamente e **R\$ 4.965,38** com acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR