

A. I. Nº - 149269.0003/03-2
AUTUADO - COMERCIAL BELLANDI LIMA LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 06.07.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; b) DOCUMENTO FISCAL FALSO OU INIDÔNEO; c) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A 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 A 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

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 n.ºs 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 n.º 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 n.º 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 a 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.

Às fls. 163 a 177 dos autos, o sujeito passivo, preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que a autuação partiu de premissas e dados contábeis falsos, havendo enorme discrepância entre os dados reais e os lançados, resultando na exigência indevida do tributo, inclusive da multa confiscatória e inconstitucional. Defende também que o referido Auto de Infração é nulo porquanto foram inobservadas todas as disposições constantes do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – para a validade da autuação fiscal, cuja observância dos trâmites legais são garantias para o contribuinte e até mesmo para a Fazenda Pública, sob pena de vulnerar a estabilidade fiscal social, pois o sujeito passivo jamais saberá o porquê da exigência fiscal.

No mérito, quanto à primeira infração, aduz que a autuante não tinha que exigir a utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, vez que o impugnante por erro se creditou do imposto das referidas mercadorias, mas, destacou nas suas saídas a alíquota de 17%, como comprovam as notas fiscais de venda de leite de coco, anexas às fls. 195 e 196 dos autos. Assim, entende que pagou o tributo mais do que era devido, devendo ser restituído do valor recolhido a mais.

Relativo ao crédito indevido decorrente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, defende não ser de sua obrigação fiscalizar as demais empresas para saber se os documentos fiscais por elas emitidos têm, ou não, validade ou se são autorizados para impressão. Entende que tal atribuição é da fiscalização, devendo cobrar o imposto devido dos respectivos emitentes. Registra mais uma vez ser confiscatória a multa de 100% aplicada.

Inerente ao crédito indevido incidente sobre o serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, aduz que os valores exigidos referem-se à cláusula FOB, pago pelo impugnante, sendo que neste caso o RICMS prevê o lançamento do crédito do ICMS, conforme preceituam os artigos 94 e 95 do citado RICMS.

No tocante à exigência relativa a falta de antecipação do ICMS, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeita a substituição tributária, entende que a autuação fundou-se em desobediência a Constituição Federal, ao CTN e ao RICMS, porquanto, partindo de premissas falsas, levou à exigência indevida de pagamento de tributo, acrescido de multa inconstitucional. Defende que foram inobservadas todas as disposições constantes do RPAF para validade da autuação fiscal.

Referente à exigência da diferença de alíquotas na aquisição interestadual de mercadoria destinada ao ativo fixo, alega não ser de sua obrigação recolher o ICMS, pois trata-se de um caminhão adquirido para composição de ativo permanente, através da nota fiscal de n.º 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 a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, aduz que, com exceção da nota fiscal de n.º 101597, não recebeu tais mercadorias constantes das demais notas fiscais capturadas pelo CFAMT, destacando tratar-se de uma pequena empresa, do que conclui que terceiros se utilizaram de seus dados cadastrais. Atribui tal exigência a um verdadeiro arbitramento da base de cálculo. Por fim, aduz que quase todos os produtos constantes das notas fiscais, objeto desta infração, são isentos e não tributáveis, a exemplo da nota fiscal 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 aplicar a multa de 1%, prevista no art. 915, inciso XI, do RICMS. Reitera o seu entendimento de que as multas aplicadas são confiscatórias, do que cita decisão do STJ sobre o IPTU e doutrina. Pede que a autuação, antes as nulidades demonstradas, seja julgada improcedente, com a exclusão da multa, ou a sua redução para 10%, do que requer a produção de todas as provas permitidas.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 200 a 204 dos autos, ressalta que encontram-se sem qualquer amparo legal os argumentos apresentados pelo autuado, que sem elementos capazes de justificar a sua pretensão, procura distorcer os fatos.

Em seguida, aduz que a primeira infração trata-se da entrada de mercadorias sujeitas a 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, as vezes recolhendo o imposto por antecipação e outras vezes não, se creditando do ICMS, circunstância que ocasionou esta infração. Assim, conclui que se o contribuinte entende que recolheu tributo a mais, cabe a ele solicitar a devolução.

Relativa à segunda infração, aduz ser visível a falsificação grosseira das notas fiscais de n.^{os} 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, informa que o autuado se creditou do ICMS sobre os fretes, deixando de fornecer à fiscalização todos os conhecimentos. Assim, foi elaborado um demonstrativo, às fls. 38/39, constando o valor creditado e o valor comprovado, resultando na diferença exigida.

Referente à quarta infração, aduz que de acordo com as normas do 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, entende que o autuado desconhece ser devido o ICMS, relativo à diferença de alíquotas, quando se adquire bens ou serviços em outras unidades da Federação. Assevera que o defendente transcreve o art. 7º, inciso IV, do RICMS, de forma incompleta, de modo a confundir os julgadores.

E por último, quanto à sexta infração, informa que através do CFAMT foram recuperadas as notas fiscais constantes do demonstrativo à fl. 142 dos autos, as quais não foram registradas na escrita fiscal e nem contábil, por não existir, sendo aplicada a multa de 10% do valor comercial da mercadoria, conforme previsto no art. 42, inciso IX, da Lei n.º 7.014/96 e no art. 915, inciso IX, do RICMS. Ressalta que o autuado não sabe distinguir a qualificação de isentas ou não tributadas com as tributadas, pois o fato de ter antecipado o momento do recolhimento do imposto, não as transformam em não tributadas.

Assim, mantém a ação fiscal na sua íntegra, após anexar documentos às fls. 205 e 206 dos autos.

Intimado a tomar conhecimento dos aludidos documentos (fls. 205 e 206), o autuado apresenta novas razões de defesa, às fls. 211 a 214 dos autos, onde, preliminarmente, reitera, sob os mesmos argumentos, que o Auto de Infração é nulo, acrescentando apenas que não teve ciência das razões que motivaram a juntada dos referidos documentos.

No mérito, entende que o documento de fl. 205 corrobora com a impugnação apresentada contra a segunda acusação fiscal. Quanto ao documento de fl. 206, aduz que foi 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 da presente demanda. Requer 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. Assim, ratifica a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$42.678,43 relativo a seis infrações, as quais passo a emitir as seguintes considerações:

O contribuinte, em sua defesa, preliminarmente, suscita de forma imprecisa a nulidade do Auto de Infração. Contudo, rejeito tal pretensão tendo em vista que o referido lançamento do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, sendo realizado dentro dos ditames legais, cujo ato foi praticado por servidor competente, contendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações e o infrator, proporcionado ao sujeito passivo amplo direito de defesa.

No mérito, constato que o defendente não elidiu as acusações fiscais, conforme a seguir:

Infração 01 – relativo a 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 no exercício de 1998.

Da análise do demonstrativo, às fls. 14 e 15 do PAF, verifico tratar-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação (açúcar/frete, leite de coco, suco, absorvente e bebidas) e, como tal, vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à sua aquisição, bem como dos serviços tomados, conforme preceitua o art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.

O fato do contribuinte apresentar duas notas fiscais de sua emissão com destaque do imposto nas vendas de leite de coco (fls. 195/196), não o credencia nem legaliza a utilização de tais créditos fiscais, devendo o interessado pleitear junto à repartição fiscal a restituição do indébito, conforme previsto na legislação.

Assim, subsiste na íntegra esta exigência fiscal.

Infração 02 – relativo ao crédito de ICMS indevido, no valor de R\$2.975,00, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos de n.ºs 717; 719 e 720, emitidos pela empresa Super Ralik Comercial de Alimentos Ltda, com impressão não autorizada pela SEFAZ, por tratar-se de microempresa.

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 n.º 064200201/97, constante nas referidas notas fiscais. Assim, nesta

condição, restou 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. Infração subsistente.

Infração 03 – referente ao crédito de ICMS indevido, no valor de R\$970,87, decorrente do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação de saída subsequente tributada.

O defendente não traz aos autos os conhecimentos de transportes, em seu poder, referentes à sua alegação de que tais valores exigidos referem-se à cláusula FOB, pago pelo impugnante.

Assim, na ausência da documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal, de forma a dirimir fato controverso e atestar os fatos alegados pelo próprio autuado, como também de assegurar que tal serviço está vinculado a operações de comercialização tributadas, o que daria direito ao crédito ao contribuinte, só nos resta considerar a exigência subsistente.

Infração 04 – relativo a falta da antecipação do ICMS, no valor de R\$20.864,05, nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária.

O contribuinte não apresenta qualquer argumentação ou documentação capaz de elidir a acusação fiscal, a qual encontra-se devidamente fundamentada através de demonstrativos sintético e analítico, além das próprias notas fiscais, conforme pode-se constatar às fls. 40/140 do PAF. Infração subsistente.

Infração 05 – decorrente da falta de recolhimento da diferença de alíquotas, no valor de R\$3.789,80, na aquisição interestadual de bem destinado ao ativo fixo da empresa.

Alega o impugnante não estar obrigado a recolher o ICMS, conforme dispõe o art. 7º, inciso IV, do RICMS. Entretanto, tal dispositivo em nenhuma de suas alíneas se aplica ao contribuinte, por se referir a: produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais; contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta; transportadores e contribuintes dispensados da escrituração fiscal. Assim, é devido o imposto nos termos do art. 4º, inciso XV, da Lei n.º 7.014/96 e no art. 5º, inciso I, c/c o art. 69, ambos do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.

Infração 06 – referente a multa, no valor de R\$7.959,64, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração devidamente comprovada, conforme fls. 142 a 159 dos autos. Alega o autuado não reconhecer tais aquisições, com exceção da nota fiscal relativa ao bem imobilizado, contudo os próprios documentos fiscais atestam tais aquisições ao constar todos seus dados cadastrais, sendo os mesmos capturados pelos postos fiscais quando do trajeto das mercadorias ao próprio contribuinte, cujos produtos são relativos à sua atividade comercial.

Porém, 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, desmerecendo 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 n.ºs: 48128; 48129; 52506 e 52507, com base de cálculo no montante de R\$11.300,01, subsiste 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 Dec. n.º 8.868/04, por ser mais benéfico ao contribuinte.

Assim, 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.

Do exposto, voto 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, ressaltando que as multas aplicadas são as legalmente previstas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.0003/03-2**, lavrado contra **COMERCIAL BELLANDI LIMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.718,79**, corrigido monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$31.743,79, prevista no art. 42, II, “d”; II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e 100% sobre R\$2.975,00 , prevista no art. 42, V, “j”, da referida lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além das multas nos valores de **R\$6.829,64 e R\$113,00**, corrigidas monetariamente, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR