

A. I. N° - 269356.0012/05-4

AUTUADO - CORAÇÃO DE MARIA COMÉRCIO VAREJISTA DE DOCES E BALAS LTDA.

AUTUANTE - UBIRATAN LOPES DA COSTA

ORIGEM - INFAC JUAZEIRO

INTERNET - 21.07.2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0247-04/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração parcialmente elidida com base em diligência fiscal realizada por auditor estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2005 para exigir o ICMS no valor de R\$ 271.056,36, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

O autuado, através de advogado constituído, apresentou defesa, fls. 211 a 222, inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

- Lançamento em duplicidade: Salienta que no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização encontra-se lançamento de notas fiscais em duplicidade nos meses de junho/2004, outubro/2004 e dezembro de 2004. Em virtude do lançamento repetitivo, o fisco dobrou ou até mesmo triplicou o valor do crédito exigido.

- Ônus da prova: Aduz que para ter validade o lançamento tem que ser claro, lúmpido de modo tanto a provar o fato gerador, como correto e claramente tipificado. Diz ainda que para que se afaste por completo qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar da prova. E tal prova deve ser produzida pelo fisco. Cita artigos do CTN, decisões de Tribunais Superiores e deste CONSEF sobre a matéria.

- Cerceamento do direito de defesa: Alega que o Auto de Infração não trouxe nenhuma prova das suas alegações. Mas revelou-se como sendo um meio de arrecadação, em face dos duplos e triplos lançamentos das notas fiscais descritas no demonstrativo de débitos. E assim mesmo imputou a prática de um hipotético ilícito tributário. Razão pela qual, sem atentar à verdade dos fatos, terminou violando o direito de defesa. Transcreve o art. 18 do RPAF/99, decisão proferida pelo CONSEF/BA e ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles sobre o assunto.

No mérito, argumenta que a ação fiscal é improcedente, pois a empresa realizou o recolhimento do imposto quando da saída posterior das mercadorias, ou seja, através do conta corrente, em respeito ao princípio da não cumulatividade. Assim, mesmo que o imposto não tenha sido pago antecipadamente, o fisco não foi prejudicado, uma vez que o ICMS foi recolhido quando da saída

subseqüente do produto, conforme pode ser constatado em documentos anexos. Entende que no máximo poderia ser aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, de acordo com o art. 42, II, “d”, § 1º da Lei 7.014/96.

Continua a sua defesa ressaltando que a fiscalização deixou de levar em consideração de que as mercadorias não deram entrada no estabelecimento, em virtude do seu retorno ao remetente, ou porque não foram compradas ou por estarem em desacordo com o pedido. Aduz que, nestes casos, a obrigação de prestar informações sobre o retorno das mercadorias é do remetente e o fisco baiano deveria ter solicitado as informações dos estabelecimentos emitentes. Questiona ainda o percentual da multa de 60% que no seu entendimento é confiscatória, além da cobrança de juros de mora e a aplicabilidade da taxa SELIC por não ter natureza tributária, mas financeira.

Ao final, requer seja decretada a nulidade e consequentemente a improcedência do Auto de Infração e em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à impugnante (art. 112 do CTN).

O autuante, em sua informação fiscal (fls.301 a 309), esclarece que em relação ao 1º argumento defensivo, a legislação assegura a correção de eventuais erros e determina que seja notificado o sujeito passivo de forma a lhe assegurar o pleno direito de defesa. Dessa forma, reconhecendo o equívoco, refaz o demonstrativo de débito dos meses referidos, retirando os valores mencionados que foram duplicados.

Quanto ao mérito, explica que este contribuinte já fora objeto de fiscalização de período anterior, através do Auto de Infração nº 2791020003047, cujo julgamento favorável ao fisco deu-se através da 3ª JJF, através do acórdão 054/2004 sendo que o recurso voluntário reafirmou a posição adotada através da sessão nº 41 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no dia 28/10/04, sob as mesmas condições, apenas com referência aos períodos anteriores. Cita em seguida o posicionamento do Auditor Fiscal Péricles Rocha em sua contestação referente ao auto supracitado, conforme trecho abaixo:

“A ação fiscal teve como origem o Ofício GPC nº 01/04 da SEFAZ de Pernambuco (fls. 290 a 292), no qual constava uma relação de notas fiscais emitidas pela empresa DISTRIBUIDORA KY DOCE LTDA (PE) e destinadas à empresa autuada, situada em Juazeiro-BA, alertando sobre a denúncia de jogo de documentos entre ambas e solicitando verificar se tais notas fiscais foram escrituradas no Registro de Entradas do autuado.

Informa o autuante que ao proceder tal cotejo verificou que mais de uma centena de notas fiscais enviadas não foram lançadas na escrita fiscal do autuado, oriundas daquele Estado. E informou, também, ter constatado ainda que algumas poucas notas fiscais sem registro na escrita da empresa foram obtidas através do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias de Trânsito – CFAMT, e que o contribuinte com base na DMA, apresentava uma margem de valor agregado (MVA) muito acima dos percentuais de lucro comuns no ramo de atividade do autuado que variam de 10% a 20%, enquanto o autuado apresentava uma estratosférica margem de lucro que varia de 300% a mais de 600%. Conclui que tais percentuais só se justificam por um enorme aporte de mercadorias que deram entrada no estabelecimento sem registro na escrita fiscal”.

Por fim, Confirma que acatou a reclamação inicial do contribuinte quanto às duplicidades de valores cobrados e refez o demonstrativo de débito excluindo os valores a maior e reduzindo o valor do ICMS reclamado para R\$ 256.073,71. Solicita o julgamento procedente do Auto de Infração.

Em nova manifestação, pgs. 322 a 325, o impugnante reclama que persiste o erro de duplicidade, pois ainda pode ser verificado através da nota fiscal nº 23.807 de junho/2004, solicita perícia e diligência e reitera os argumentos apresentados na peça defensiva.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência a INFRAZ JUAZEIRO para que fossem atendidas as seguintes solicitações:
1 – Elaboração de novo demonstrativo de débito, excluindo-se do levantamento a nota fiscal lançada em duplicidade.

2 – Ciência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe cópia do novo demonstrativo, com indicação do prazo de 10 dias para ele se manifestar.

Em atendimento à diligência solicitada, a ASTEC emitiu parecer nº 0177/2005 informando que revisou o novo demonstrativo de débito do autuante e constatou que a nota fiscal nº 23.807 estava realmente lançada em duplicidade. Elaborou novo demonstrativo de débito, excluindo a referida nota fiscal, ficando o imposto devido para o mês de junho/2004 reduzido para R\$ 33.891,12 e o total da autuação de R\$ 256.073,71 para R\$ 255.211,50.

Conforme intimação anexa à página 337 deste PAF, o autuado foi cientificado do parecer exarado pela Assessoria Técnica, tendo sido concedido prazo de 10 dias para se manifestar, entretanto, não se pronunciou.

Posteriormente, em nova manifestação, fl. 343 a 346, o impugnante reiterou os seus argumentos apresentados na peça defensiva.

VOTO

O presente Auto de Infração, exige ICMS e multa ao sujeito passivo em decorrência da falta de antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária (bombons, chocolates e congêneres), entradas no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, consoante apurado através de notas fiscais arroladas e constantes no PAF (fls. 16 a 120).

Inicialmente afasto a 1^a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüidas pelo autuado sob o fundamento de que no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização encontra-se lançamento de notas fiscais em duplicidade e em virtude do lançamento repetitivo, o fisco dobrou ou até mesmo triplicou o valor do crédito exigido. Como pode ser observado às folhas 332 a 336 dos autos, o demonstrativo de débito foi refeito pela ASTEC, sendo excluídos os valores em duplicidade, conforme determina o § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Em relação às 2^a e 3^a preliminares de nulidade suscitadas, também não devem ser acatadas tendo em vista que o Auto de Infração atende a todas as formalidades legais previstas, constantes no art. 38 do RPAF/99 e demais dispositivos regulamentares, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, em duas oportunidades. Verifico que o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme às fls. 16 a 206 dos autos, não ocorrendo qualquer cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Quanto ao mérito, de acordo com o art. 371 do RICMS/BA “Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do [art. 355](#), nos prazos previstos no [art. 125](#)”.

O impugnante alega que realizou o recolhimento do imposto quando da saída posterior das mercadorias e que as mercadorias não deram entrada no estabelecimento, em virtude do seu retorno ao remetente, ou porque não foram compradas ou por estarem em desacordo com o pedido.

Observo que os argumentos defensivos do autuado são incoerentes. Inicialmente alega que realizou o recolhimento do imposto quando da saída das mercadorias do seu estabelecimento, posteriormente, afirma que os produtos constantes das notas fiscais foram devolvidos ao remetente. Nos dois casos não apresenta provas suficientes para elidir a acusação fiscal, a qual está respaldada em notas fiscais, obtidas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, pelo Fisco do Estado de Pernambuco, conforme carimbos apostos na 4^a via dos próprios documentos fiscais.

No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma também está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001). Observo também que a multa de 60% relativa a esta infração está correta e não é confiscatória, pois está prevista no art. 42, II da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 255.211,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 269356.0012/05-4, lavrado contra **CORAÇÃO DE MARIA COMÉRCIO VAREJISTA DE DOCES E BALAS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 255.211,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA- PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA