

PROCESSO - A. I. Nº 272466.0082/06-6
RECORRENTES - SUPERMERCADO STELLA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADO STELLA LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0091-01/07
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0274-12/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado comprova descaber parte da ação fiscal Infração subsistente parcialmente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Modificada a Decisão recorrida. Corrigido o valor do crédito tributário referente ao período de 30/06/2001, com a incidência da alíquota corretamente aplicável à operação realizada. Infração parcialmente elidida. 3. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O autuante não observou o prazo de cinco dias estabelecido entre a intimação e a lavratura do Auto de Infração. Infração nula. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Descabe a aplicação da multa por não alcançar o período fiscalizado. Infração insubsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 26/10/2006, para exigir imposto no valor de R\$8.278,13, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$40.178,13, pelas seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, julho, setembro, outubro e dezembro de 2002, fevereiro e março de 2003, no valor de R\$2.153,88;
2. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de março a julho e setembro de 2001, no valor de R\$5.850,65;
3. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no mês de setembro de 2002, no valor de R\$273,60;
4. deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de março, agosto a novembro de 2003, multa no valor de R\$34.192,34;

5. forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, no mês de janeiro de 2002, multa no valor de R\$5.985,79.

O autuado, às fls. 72/73 e 75/77, apresentou defesa alegando, inicialmente, reconhecer parcialmente a autuação, em relação às infrações 1, 2 e 3, nos valores de R\$912,82 e R\$3.330,24 e R\$273,60, respectivamente.

Disse que embora não conheça as razões da falta de registros das notas fiscais apontadas na infração 01, dentre as notas fiscais acostadas ao PAF houve devolução de algumas mercadorias que foi efetuada por iniciativa das empresas remetentes (Sadia S/A e Unilever BestFoods Brasil), conforme documento juntado aos autos. Assim, entendeu ter ficado descaracterizada a infração imputada quanto aos Documentos Fiscais n^{os} 189198, 189199, 189200, 282575 e 489442, devendo ser excluído o imposto no valor de R\$1.241,06.

Observou que se trata de mercadorias e ou documentos extraviados, bem como, aquisições feitas por terceiros sem conhecimento da empresa remetente, fatos comuns na região fronteiriça.

INFRAÇÃO 2 - alegou que o diferencial de alíquota reclamado não deve ser aceito parcialmente. A Nota Fiscal nº 007191 da Indumental, no valor de R\$14.825,90 foi emitida com alíquota cheia de 18%, oriunda do estado de Minas Gerais. Assim, entendeu ser caso de bi-tributação, tendo anexado cópia da referida nota fiscal.

Reconheceu a irregularidade apontada na infração 3. Alegou não intencionalidade da omissão dos fatos e que em todo período fiscalizado não houve falta de recolhimento do imposto por antecipação, no entanto, a pequena importância de R\$273,60 se deve ao fato de pertencer àquelas notas fiscais não contabilizadas e já tratadas no item 01 da autuação.

INFRAÇÃO 4 - asseverou que os arquivos magnéticos citados e correspondentes à data de ocorrência de 31/03/2002 foram entregues em tempo aprazado, conforme recibo fornecido pelo programa de transmissão, sendo indevida a multa no valor de R\$6.687,48. Já os arquivos magnéticos correspondentes às datas de ocorrências de 31/08/2003 a 30/11/2003 não foram entregues em tempo certo e por esta razão lavrou-se a presente autuação. No entanto, alegou que deveria ter sido observada as normas legais indispensáveis ao equilíbrio das partes. Requereu o cancelamento da multa, com base no disposto no § 6º do art. 915 do RICMS/97, alegando não ter havido fraude ou simulação, nem falta de recolhimento do imposto e que os valores autuados nos itens 1 a 3 da autuação são inteiramente alheios às ações administrativas e empresarial do autuado, já que administrativamente os fatos dos itens citados são contrários aos princípios fundamentais dos direitos comercial e tributário.

INFRAÇÃO 5 – disse que pelo conteúdo do arrazoadado contrário ao item anterior, como pela argumentação do simples fato de haver obstruído o sagrado direito de defesa, quando não concedeu ao autuado as prerrogativas estabelecidas no § 5º combinado com o § 3º do art. 708-B, do RICMS/97. A intimação acusou a falta de entrega de arquivos magnéticos, nos meses de março/02, agosto de 2003 a dezembro de 2005, não sendo incluído o exercício de 2001, desta maneira, requereu a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 101/103, informou que em relação à infração 1, acata os argumentos da defesa, devendo o valor do débito ser reduzido de R\$2.153,88 para R\$912,82. Quanto ao item 02 da autuação disse não haver reparos a fazer, nem se trata de bi-tributação, tendo havido apenas erro na aplicação da alíquota devida quando da emissão do documento fiscal, manteve a autuação na sua totalidade.

No tocante ao item 4, esclareceu que o contribuinte, segundo o relatório SCAM, estava omissa na entrega dos arquivos magnéticos, relativo aos meses de março/02 - agosto de 2003 a dezembro de 2005, no entanto, apresentou prova de ter efetuado a transmissão dos arquivos magnéticos relativos ao mês de março de 2002, desta maneira, concluiu deva ser reduzido da infração o valor

de R\$6.687,48, que corresponde ao mês de março/02. Já no tocante aos demais meses, informou não existir reparos a fazer e que vale para o caso em tela a aplicação do princípio da surpresa. Citou como exemplo a lavratura do Auto de Infração, no trânsito, por transporte de mercadorias sem documentação fiscal, em que a defesa na sua impugnação acostasse aos autos documento fiscal para alegar a regularização da operação.

Informou, ainda, que o contribuinte deve ter tido algum problema de natureza técnica na geração dos arquivos, haja vista ter apresentado os respectivos arquivos dos demais meses do período fiscalizado. E que durante a ação fiscal não ficou comprovado nenhuma prática de fraude, dolo ou simulação e a infração neste tópico cuida-se de multa formal sem reflexo na falta de recolhimento do imposto devido. **Por fim, sugeriu a manutenção parcial da autuação para aplicação da multa no valor de R\$27.504,86.**

Disse ter razão o autuado em relação à infração 5. Por circunstâncias alheias a vontade do autuante, efetivamente o autuado não tomou ciência da intimação com vistas a regularizar tais pendências, assim entendeu descaber a aplicação da multa.

O julgador de Primeira Instância decidiu pela Procedência Parcial da autuação:

“Com referencia à infração 1, diz que o sujeito passivo comprovou descaber parte da ação fiscal, trazendo aos autos os elementos que confirmam haver recebido as mercadorias em retorno, sem que as mesmas ingressassem no estabelecimento do autuado, fato reconhecido pelo autuante, que reduz o valor do débito da autuação. Apresenta demonstrativo do valor residual de R\$912,82.

Quanto à infração 2, diz que o fato do remetente das mercadorias ter indicado a alíquota destinada a operação interna não elide a acusação, haja vista que para fins de cobrança da diferença de alíquota, e em se tratando de operação realizada a contribuinte do ICMS, deve ser considerado o imposto corretamente calculado, ou seja, o correspondente à operação interestadual, conforme determina o art. 69, parágrafo único, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, que estabelece o seguinte:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

....

b) se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Conclui pela correção do posicionamento do autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário em relação às aquisições de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento autuado, sem o lançamento do imposto devido a título de diferença de alíquota. Mantém a autuação.

INFRAÇÃO 3 - Refere-se à falta de recolhimento do imposto devido a título de antecipação tributária, tendo o sujeito passivo reconhecido o cometimento da irregularidade. Mantém a autuação.

INFRAÇÃO 4 – O julgador diz que apesar da intimação concedendo ao sujeito passivo o prazo de cinco dias, o Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido o prazo concedido para a entrega dos citados arquivos, fato que justifica a nulidade do lançamento por inobservância ao devido processo legal, haja vista que para a aplicação da multa de 1% prevista no art. 42, XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, a legislação tributária estadual determina que o fornecimento seja feito mediante intimação, conforme estabelece o citado dispositivo legal. Entende ser descabida a exigência em relação ao mês de março de 2002 e nulo o lançamento em relação aos demais meses da autuação, no tocante a este item da ação fiscal.

INFRAÇÃO 5 – Reconhecendo o autuante, em sua informação fiscal, que o exercício de 2001 não foi objeto de fiscalização, já que os períodos fiscalizados, de acordo com os Termos de Intimação recebidos, pelo contribuinte autuado, envolvem os exercícios de 2002 a 2005, é descabida a aplicação da multa.”

A JJF recorre da Decisão.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente relaciona os pagamentos efetuados correspondentes aos valores que aceita como devidos. Com relação à segunda infração, referente à falta de pagamento de diferença de alíquota em aquisição de bens destinados ao ativo fixo, reconhece parcialmente o débito, impugnando a parcela relativa ao bem acobertado pela Nota Fiscal nº 00719. Entende que nos termos do art. 69 do RPAF, deve ser cobrada apenas a diferença de alíquota, 10%, ou seja, R\$1.482,59.

A PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário sob a fundamentação que se segue.

“Analisando os argumentos recursais, observa-se que as alegações aduzidas pelo recorrente foram parcialmente analisadas e entendidas equivocadamente pela JJF no que se refere ao fato de ter sido destacado nas notas fiscais que acobertaram a entrada de bens no ativo fixo, o imposto à alíquota interna” cheia, a Decisão de Primeira Instância é no sentido de considerar este fato irrelevante ante o determinante art. 69, I, b do RICMS/97. Efetivamente que o é, porém, este dispositivo do Regulamento do ICMS não foi interpretado e aplicado corretamente na medida em que em relação a essa Nota Fiscal, a de nº 007191 não foi cobrada a diferença como determina o diploma legal, mas sim o imposto na sua totalidade de 17%. Para melhor análise da nossa assertiva, transcrevemos o texto legal referente ao caput do art. 69, onde se trata da base cálculo do ICMS e do valor do imposto a ser pago – diferença entre a alíquota prevista para as operações internas e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da federação de origem”

Após transcrever o art. 69, conclui:

“Nesse aspecto assiste razão à recorrente e estão corretos os cálculos que apresenta em fls. 122, o valor referente à diferença de alíquota equivale a 10% sobre o valor da nota fiscal, o que resulta em um imposto a pagar a guisa de diferença de alíquota de R\$1.482,59. Por outro lado, e a fim de corroborar o nosso entendimento, vale ressaltar que o autuante em relação às demais notas fiscais de outros bens do ativo fixo que compõem o seu demonstrativo de fls. 33/34, objeto da mesma infração e a parte que foi reconhecida e paga pelo recorrente, calculou corretamente o valor da diferença”.

VOTO

O Recurso Voluntário apenas impugna parte da infração 2, tendo o recorrente efetuado o pagamento das demais parcelas do auto que reconheceu como devidas.

Com relação à infração 2, o opinativo da PGE/PROFIS analisou com propriedade as alegações do recorrente e com respaldo no art. 69 do RPAF reconheceu como incorreta a cobrança do tributo, ao considerar a alíquota “cheia”, em vez da diferença entre a alíquota prevista para as operações internas e a alíquota interestadual constante da legislação do estado de origem das mercadorias.

Quanto ao Recurso de Ofício:

INFRAÇÃO 1 – o autuado trouxe ao processo elementos que comprovaram a procedência parcial desse item, com a concordância do fiscal autuante, tendo o autuado reconhecido e pago o valor residual.

INFRAÇÃO 4 – Restou provado que o Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido o prazo legal de cinco dias para entrega dos arquivos magnéticos objeto da intimação, importando, pois, na nulidade desse item da autuação.

INFRAÇÃO 5 – O autuante reconhece que o exercício de 2001 não foi objeto da fiscalização, sendo, portanto, descabida a multa aplicada.

Em face do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício e **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, com homologação das parcelas recolhidas pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272466.0082/06-6, lavrado contra **SUPERMERCADO STELLA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto, no valor total de **R\$5.999,25**, acrescido das multas de 70% sobre R\$912,82 e 60% sobre R\$5.086,43, previstas no art. 42, incisos III e II, “d” e “f”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA – REPR. PGE/PROFIS