

A. I. Nº - 276473.1202/06-8
AUTUADO - SUPERMERCADO VIDA NOVA LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 11.04.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0091-02/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado reconhece o cometimento das irregularidades. Infrações subsistentes. **c)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração descaracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BENS DE CONSUMO. Infração não impugnada. **b)** ATIVO PERMANENTE. O contribuinte comprovou a devolução de parte das aquisições e o pagamento através de parcelamento anterior à ação fiscal. Refeitos os cálculos ficou reduzida a exigência fiscal. Infração parcialmente comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTOS INIDÔNEOS. Infração não elidida. **b)** UTILIZAÇÃO A MAIS QUE O PERMITIDO. Autuado reconhece o débito. Infração caracterizada 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2006, exige imposto no valor de R\$ 17.774,27, pelo cometimento das seguintes irregularidades:

1. recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, Antecipação Total. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 1.305,72 e aplicada a multa de 60%;
2. falta de recolhimento do ICMS 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, Antecipação Parcial. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 1.290,66 e aplicada a multa de 60%;
3. recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte no Regime Simplificado de Apuração do SimBahia. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 3.192,11 e aplicada a multa de 50%;

4. falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, Antecipação Parcial. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 3.233,24 e aplicada a multa de 50%;
5. recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 523,48 e aplicada a multa de 50%;
6. utilização indevida de crédito fiscal referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 284,38 e aplicada a multa de 60%;
7. utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 794,48 e aplicada a multa de 60%;
8. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 4.308,00 e aplicada a multa de 60%;
9. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 445,20 e aplicada a multa de 60%;
10. omissão de saídas de mercadorias apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 2.397,00 e aplicada a multa de 70%;

Em sua defesa tempestivamente apresentada, fls. 334 a 338, inicialmente o autuado diz que não pode concordar com o teor do mesmo que aponta como descrição do fato gerador deixou de recolher ICMS por antecipação ou substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo referente às aquisições de mercadorias interestaduais - Antecipação Parcial.

Afirma que as autoridades fiscalizadoras têm se omitido ou furtado à análise do questionamento apresentado nas defesas dos contribuintes ao tratar da constitucionalidade da legislação fiscal, cuja interpretação dada à matéria é contrária ao interesse da fiscalização, alegando não ser objeto de apreciação nessa esfera administrativa, mas sim uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Observa que no caso em tela restou evidenciado que, se deu por não encontrar os comprovantes de quitação das respectivas obrigações, pois a agente fiscal cingiu-se basicamente na alegação aplicando as penalidades previstas na legislação estadual que restringe ao crédito do contribuinte.

Ressalta que a doutrina tem repudiado veementemente este entendimento e incisivos são os ensinamentos dos mais destacados juristas citando trecho da obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Assevera que a declaração de constitucionalidade da lei ordinária ou da ilegalidade da lei inferior com referência a superior, pode ser reclamada por qualquer dos poderes. Acrescenta que Ronaldo Poletti ao analisar amplamente a matéria na obra Controle da Constitucionalidade das Leis, inclina-se no sentido de que não é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário declarar a constitucionalidade da Lei, tendo igualmente os demais poderes a autoridade e obrigação para manifestar-se a respeito.

Aduz que, dentro desse contexto, considerando-se que a faculdade de cobrar está rigidamente posta na Constituição, justo afirmar-se que tem o contribuinte o direito de interpretar a norma legal, confrontá-la com os princípios básicos elencados no Sistema Tributário Constitucional e

caso entender a ilegalidade da exação deve deixar de praticar o ato tido como legal, não cabendo, portanto, à autoridade administrativa com base na rigidez da Lei, deixar de apreciar ou furtar-se à análise desses questionamentos tomando posição díspar e alheia ao ordenamento constitucional, desprezando o princípio da ampla defesa a toda a matéria posta a julgamento.

Afirma, em relação à infração 04 que no preâmbulo da peça acusatória o valor de R\$ 3.233,24 faz referência ao período de 30/04/2004, porém no demonstrativo do débito a data apresentada é de 09/2004, analisando a documentação concluímos que foi um erro de grafia, e apontamos como a data correta 09/2004, na dúvida também anexamos o recolhimento pertinente ao período de 04/2004 o DAE de recolhimento do ICMS antecipação parcial doc. (01). Ou seja, independente do período ambos foram recolhidos.

No que se refere à Infração 08 – que trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente do diferencial de alíquota nas operações interestaduais; com referência a nota fiscal nº 153 da GLOBOMAX FAST Frio, observa que fora realizada a devolução parcial conforme nota fiscal nº 33 em anexo doc. (02), as demais notas fiscais elencadas nos autos foram objeto de parcelamento conforme demonstrativo em anexo doc. (03) e DMA correspondente.

Conclui o autuado solicitando que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente e que seja realizada diligência com o intuito de apurar os registros contábeis da requerente em toda sua plenitude.

A autuante em sua informação fiscal, fl. 357, assegura que o contribuinte está correto com relação ao mês da ocorrência da infração (09/2004). No entanto, apesar da xerox do DAE referente ao mês de setembro de 2004, apresentada na defesa do Auto de Infração continua não constando nos dados da Secretaria da Fazenda o referido recolhimento, como consta na relação de DAE's - Ano 2004, em anexo.

Em relação à infração 08 afirma que procede a defesa do contribuinte, sendo tal infração considerada nula.

Com relação às demais infrações, assevera a autuante, os débitos foram aceitos e reconhecidos pelo contribuinte.

Conclui mantendo parcialmente a infração.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar a preliminar suscitada pela defesa no que se refere à obrigatoriedade da autoridade administrativa manifestar-se sobre constitucionalidade de Lei Fiscal, tendo em vista que, a posição reiterada de decisões das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, é de não examinar a matéria, por não constar no elenco de suas atribuições a manifestação acerca de constitucionalidade da legislação fiscal.

No que concerne ao mérito, constato que o autuado reconhece como devidas as irregularidades apontadas nos itens 01, 02, 03, 05 06, 07, 09 e 10, portanto, inexiste lide em torno das matérias relativas a essas infrações. Assim, ficam mantidas as irregularidades apuradas na ação fiscal que foram objeto de reconhecimento do cometimento dessas infrações pelo autuado.

O autuado impugna os lançamentos apontados nas infrações 04 e 08 do Auto de Infração, que tratam de: falta de recolhimento da antecipação parcial, infração 04, e falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais oriundas da aquisição, fora do Estado, de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, infração 08.

No tocante à infração 04, verifico, depois de examinar os elementos que integram os autos que assiste razão ao autuado quando apresenta a cópia do DAE, fl. 340, para comprovar a recolhimento da diferença apurada pelo autuante no mês de setembro de 2004, fls. 120 a 121. Eis que, apesar do não acolhimento do pleito da defesa pelo autuante, fl. 357, por não constar na relação de DAE's do ano de 2004, do INC – Informação do Contribuinte, fls. 358 a 359, em

pesquisa realizada com a participação da gerência de Arrecadação – GEARC, constatei que o efetivo recolhimento fora realizado pelo autuado, conforme extrato, ora apensado aos autos, fl. 363.

Desse modo, entendo que descabe a exigência contida na infração 04, portanto, afigura-se descaracterizada essa infração.

Em relação à infração 08, constato, da análise por mim empreendida nas peças dos autos que, efetivamente, a nota fiscal nº 153 emitida pela empresa Globomax Fast Frio, no valor de R\$ 16.300,00 teve parte de suas mercadorias devolvidas no montante de R\$ 8.400,00, através da nota fiscal nº 0033, emitida pela autuado. Com isso, deve ser abatido do valor lançado nessa infração o valor de R\$ 1.428,00, remanescendo, portanto, o valor de R\$ 1.343,00, do valor de R\$ 2.771,00, inicialmente lançado em decorrência da nota fiscal nº 453. Considerando também que restou comprovado em relação às notas fiscais nºs 16106 no valor de 6.400,00 de 09/12/2004 e da nota fiscal nº 230, no valor de R\$ 6.400,00 de 11/12/2004, o recolhimento do valor devido através de parcelamento realizado pelo autuado, fls. 350 a 351. Com esses ajustes, o valor do débito da infração 08 que fora lançado originariamente no valor de R\$ 4.304,00, com os ajustes passa para R\$ 1.343,00.

Mantendo, portanto, parcialmente caracterizada a infração 08.

Com as alterações supra aludidas, o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fls. 06 a 07, deixam de constar os débitos relativos às ocorrências nºs 4 e 12, devendo também ser alterado o valor R\$ 2.771,00, do débito constante da ocorrência nº 11, para o valor de R\$ 1.343,00.

O valor total do Auto de Infração que fora inicialmente lançado no valor de R\$ 17.774,27, passa para R\$ 11.576,03, como se pode verificar no demonstrativo comparativo do débito a seguir apresentado.

COMPARATIVO DO DÉBITO

| INFRAÇÃO | A.I. | JULGAMENTO |
|---------------|------------------|------------------|
| 1 | 1.305,72 | 1.305,72 |
| 2 | 1.290,66 | 1.290,66 |
| 3 | 3.192,11 | 3.192,11 |
| 4 | 3.233,24 | 0,00 |
| 5 | 523,48 | 523,48 |
| 6 | 284,38 | 284,38 |
| 7 | 794,48 | 794,48 |
| 8 | 4.308,00 | 1.343,00 |
| 9 | 445,20 | 445,20 |
| 10 | 2.397,00 | 2.397,00 |
| TOTAIS | 17.774,27 | 11.576,03 |

Em suma, reconhecida a quase totalidade do lançamento pelo autuado e comprovados que restaram o recolhimento relativo à infração 04, fl. 340, a devolução parcial das mercadorias relativa à nota fiscal de entrada nº 153, fl. 342, e o parcelamento das demais diferenças de alíquotas interestaduais de aquisições, fls. 341, 345, 353 e 354, infração 08, mantenho a exigência parcial do valor lançado, na forma supra demonstrada, devendo ser homologado o recolhimento efetuado pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 276473.1202/06-8, lavrado contra **SUPERMERCADO VIDA NOVA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.576,03**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 3.715,59, 60% sobre R\$ 5.463,44, e 70% sobre R\$ 2.397,00, previstas no art. 42, I, “b”, 1 e 3, II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR