

A. I. N° - 089599.0010/06-3
AUTUADO - MUCAMBO S/A
AUTUANTES - MARIA CONCEIÇÃO A. DOS SANTOS e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12.06.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0162-02/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E/OU CONSUMO PELO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para ativo fixo e consumo. Infração parcialmente subsistente. **2.** IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O sujeito passivo não considerou a taxa de câmbio da data do desembaraço aduaneiro. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acatada. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento, datado de 18/12/2006, exige ICMS no valor de R\$ 6.602,77, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições em outros Estados de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Apurados nos meses de fevereiro e abril de 2004. Sendo exigido o débito no valor de R\$ 2.559,67.
2. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, e pela utilização incorreta da taxa cambial. Apurado no período de março a setembro de 2004. Sendo exigido o débito no valor de R\$ 4.043,10 e aplicada a multa de 60%;

Constam dos autos, fls. 110 e 113, que o autuado apesar de impugnar a totalidade do Auto de Infração, efetuou depósito administrativo no valor total do débito apurado, para garantir o benefício da redução de multa e para elidir a incidência dos acréscimos moratórios. O autuado, em sua defesa, fls. 116 a 121, impugna as infrações 01 e 02, oportunidade em que, depois de transcrever os termos da acusação fiscal, apresenta suas ponderações, na forma a seguir sintetizada.

Afirma que a fiscalização apesar de ter efetuado um levantamento minucioso, cometera erros de fato e de direito quando, pois, exigiu o recolhimento de diferença entre as alíquotas interna e interestadual para mercadorias de uso e consumo sujeitas a substituição tributária - Infração 1, e erro de direito quando não demonstrou quais despesas não teriam sido incluídas na determinação da base de cálculo do imposto - Infração 2.

Por isso, observa o autuado a necessidade de revisão do auto de infração em epígrafe, para que se alcance a verdade material, bem como, se consiga a correta aplicação da legislação tributária, uma vez que o lançamento é ato administrativo vinculado.

Informa ainda que realizou depósito administrativo, nos termos do art. 92 do RPAF-BA/99, tão-somente para elidir a fluência de acréscimos moratórios e reduzir a incidência de multa no caso de uma improvável declaração da procedência do presente Auto de Infração.

Em relação à infração 01 diz que a fiscalização observou corretamente o equívoco ao constatar a falta de recolhimento do imposto referente ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual referente a aquisições de materiais de uso e consumo do seu estabelecimento. Entretanto, observa que ao realizarem o levantamento para apurar o imposto não recolhido os autuantes incluíram indevidamente situações configuradas na legislação como isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assim, diz juntar aos autos, fls. 123 a 128, nota de débito e notas fiscais que elucidam o quanto acima exposto, DOC's 2, 3, 4, 5, 6 e 7, requerendo de logo a declaração da improcedência dos lançamentos relativos a estas aquisições.

Quanto à infração 2 que diz respeito a falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo do imposto em alguns processos de importação de mercadorias, assevera o autuado que a fiscalização não só não especificou quais despesas não teriam sido incluídas, como também não demonstrou como quantificou os valores das referidas despesas apontadas no demonstrativo contido no Anexo 02, do auto de infração ora impugnado.

Aduz que ao procederem dessa forma os autuantes não demonstraram os elementos que determinariam, com segurança, a infração e, por conseguinte, eivaram de nulidade o lançamento, ao teor do disposto no art. 18, do RPAF-BA/99. Prossegue a defesa esclarecendo que a nulidade, ora argüida, é decorrência lógica da impossibilidade da instauração do contraditório e da ampla defesa, haja vista a impossibilidade de verificar a veracidade da base de cálculo do imposto informada pela fiscalização.

Requer ainda o autuado, invocando o princípio constitucional do amplo contraditório e da busca da verdade material, o deferimento de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para comprovar a exatidão do quanto alegado, bem como, verificar a exatidão das cópias das notas fiscais acostadas aos autos.

Conclui o autuado reiterando seu pedido de nulidade em relação a infração 02 e de procedência parcial da infração 01.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 131 a 132, inicialmente, observam que em relação à infração 01 a defesa comprova que no levantamento elaborado pela fiscalização, fls. 07 a 10, anexo 01, do PAF, constam algumas notas fiscais que se referem a produtos isentos e sujeitos a substituição tributária e por isso não é devida a diferença de alíquotas e pede para que seja julgada parcialmente. Asseveram os autuantes que concordam com o autuado em relação a essa parte da impugnação, por isso retificou o demonstrativo que ora anexa aos autos, fls. 133 a 136.

Entretanto, esclarecem os autuantes que, em relação à Nota Fiscal número 10.924 de MG, questionada pela defesa e que está relacionada no demonstrativo anexo 01, fl. 07, encontra-se datada de 12/02//2004, já a cópia do recibo das Farmácias da Rede MED, anexado à defesa, é datado de 29/01/2004, ou seja, a mercadoria chegou após o pagamento e não consta, no recibo, a que Nota Fiscal se refere, como pode ser observado na fl. 123 do PAF. Ressaltam os autuantes, que mesmo coincidindo os valores entre a nota fiscal e o recibo apresentado, não podem aceitar, pois, não fora carreado aos autos cópia da nota fiscal para comprovar a veracidade do argumento, isto é, se o recibo refere-se realmente àquela nota fiscal, para a cobrança ser regular, tendo em vista a argumentação do autuado de que a mesma se refere à aquisição de remédios para os empregados. Acrescentam ainda os autuantes que a Nota de Débito das Farmácias Rede MED, por não constar observação alguma em relação à referida nota fiscal, é ineficaz para comprovar se a nota fiscal citada pela autuada refere-se, realmente, à aquisição de remédios, como alega a defesa. Por isso, relatam os autuantes que somente abateram do lançamento original da infração 01 os valores correspondentes às notas fiscais atinentes a aquisições de produtos isentos e de substituição tributária, fls. 124 a 128, que resultou na redução do débito de R\$ 2.559,67, para R\$ 2.434,91, diferença de R\$ 124,76;

No tocante à infração 02 que cobra o recolhimento a menos do ICMS sobre importações, os autuantes dizem não proceder a alegação defensiva de que não sabe como foi encontrado o valor apurado pela fiscalização, vez que, todos os documentos foram fornecidos pelo próprio autuado para a fiscalização, quando devidamente intimado, e que serviram de base para calcular os valores exigidos, conforme cópias anexadas às fls. 17 a 92.

Dizem os autuantes que, conforme se verifica nos demonstrativos elaborados pela fiscalização anexo 02 fls. 11 a 16, ficou comprovado que a diferença encontrada nada mais é do que o desencontro do valor do dólar do dia com o aplicado na data do desembaraço da mercadoria pela autuada.

Esclarece ainda que o dólar sofre variações constantes e, segundo o RICMS-BA/97, nas alíneas “a” até “e” do inciso I do Art. 58, a base de cálculo para apuração do ICMS sobre as importações deve ser todas as despesas pagas pelo adquirente da mercadoria ou bem importado, que deve ser pago no dia do efetivo desembaraço da mercadoria, logo o valor do dólar a ser aplicado para determinar o ICMS a recolher deve ser o valor do dia do desembaraço e não o da data de embarque no porto de origem da mercadoria como efetuou a autuada. Prosseguem asseverando que a verificação fora procedida em todos os meses que o autuado promoveu importações, entretanto, somente estão sendo cobrado os meses, nos quais, a taxa de câmbio utilizada não coincidiria com a cotação oficial da moeda na data do respectivo desembaraço aduaneiro.

Concluem requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, levando em consideração o valor abatido da primeira infração.

Em sua manifestação acerca da informação fiscal prestadas pelos autuantes, fls. 141 a 144, em relação à infração 01 esclarece o autuado que o pagamento realizado a Rede MED, refere-se ao fornecimento de remédios diretamente aos seus empregados por força de convenção Coletiva de Trabalho, e que, por isso, não há que se falar em aquisição ou entrada de mercadorias em seu estabelecimento. Acrescenta que, por essa razão não existe a nota fiscal nº 10.924 uma vez que a Rede MED não pode emitir nota fiscal no valor total dos medicamentos fornecidos diretamente aos seus empregados, já que foram emitidos por ocasião da aquisição nos balcões das farmácias da rede credenciada. Reafirma o autuado a sua discordância no tocante a não exclusão, pelos autuantes, da nota de débito da Rede Med, por não configurar incidência do ICMS. Requerendo, por fim, em relação a essa infração a declaração da procedência parcial, reconhecendo subsistir um débito no valor de R\$ 1.266,40.

Com relação à infração 02 reitera seus argumentos aduzidos na defesa e refuta a informação dos autuantes de que a diferença encontrada nada mais é de que o desencontro entre o valor do dólar do dia do desembaraço e o valor do câmbio por ele utilizado. Pois, com essa afirmativa, os autuantes admitem tacitamente a inexistência de erros na determinação da base cálculo do imposto estadual no tocante a correta apropriação das despesas aduaneiras. Observa o autuado que em momento algum discordou da possível existência de diferenças, entretanto aduz que essas diferenças, se existirem, são ínfimas conforme se pode constatar através de demonstrativo por ele elaborado e colacionado aos autos, fl. 161, onde resta consignado uma diferença de apenas R\$ 316,04. Por isso, diz o autuado reiterar seu requerimento pela nulidade, por entender que a infração 02 nos termo art. 18 do RPAF-BA/99 não contém elementos suficientes para determinar a infração. E, caso seja ultrapassada a preliminar, mantém seu pleito para que seja essa infração julgada procedente em parte.

Reitera também seu pedido de diligência formulado na impugnação, em homenagem ao princípio da busca da verdade material que informa o processo administrativo.

Os autuantes se manifestam acerca das ponderações carreadas aos autos pelo autuado, fls. 198 a 199, na forma a seguir apresentada.

No que diz respeito à primeira infração, reafirmam que nada têm a acrescentar, por isso mantêm o mesmo valor, sobre a diferença de alíquota cobrada no Auto de Infração que se refere ao recolhimento a menor, isto é, lançamento a menor no Livro Registro de Apuração do ICMS, no campo

Outros Débitos, conforme determina o Regulamento do ICMS. Reafirma que o autuado em sua defesa provou que no levantamento feito pelos autuantes, fls. 07 a 10, constaram algumas notas fiscais que relacionam produtos isentos e de substituição tributária e, por isso, afirma que não é devida a diferença de alíquotas e requerem para que seja julgada parcialmente procedente.

Destacam que já concordaram em parte e ratifica a opinião anterior uma vez que o autuado, em sua segunda defesa fl. 142, confessa que a Nota Fiscal 10.924 não existe. Entretanto, a mesma está escriturada no Livro Registro de Entradas, assim como consta do Arquivo Magnético fornecido pelo autuado à fiscalização, conforme anexo 01 fl. 007, logo deveria ter sido anexada para comprovar o engano que alega ter a fiscalização cometido. Indagam os autuantes como é que o documento não existe, e consta registrado com o CFOP 2556 que corresponde à compra de material de uso ou consumo. Afirma que a defesa não esclareceu como o recibo das Farmácias Rede MED se refere à Nota Fiscal 10.924 se divergem nas datas, o que significa que as mercadorias foram pagas antes da entrada do produto, vez que o recibo é de janeiro e a nota fiscal é fevereiro.

Quanto à segunda infração onde é cobrado o recolhimento a menos do ICMS sobre importações, asseveram que continua não procedendo a alegação defensiva ao dizer que não sabe como foi encontrado o valor correspondente, pela fiscalização, vez que, como já foi dito anteriormente, o próprio autuado forneceu todos os documentos de importação, inclusive foram tiradas cópias e anexadas ao processo, para a fiscalização quando intimado, e que serviram de base para calcular, os valores, conforme cópias anexas ao PAF, fls. 17 a 92. Verificando os demonstrativos, anexo 02, fls. 11 a 16, ficou comprovado que a origem da diferença encontrada é o desencontro do valor do dólar do dia com o aplicado na data do desembaraço da mercadoria pela autuada.

Esclarecem os autuantes que para se chegar ao valor das despesas aduaneiras constante no anexo 02, do PAF, tomou-se por base, também, os valores constantes nas Notas Fiscais, conforme cópias anexadas às fls. 22, 26, 43, 54, 80 a 82 e 87, emitidas pelo autuado, por ocasião das importações, da seguinte forma: o valor das Outras Despesas Acessórias mais o Seguro, mais o Frete menos o valor do ICMS, destacados nas referidas Notas Fiscais, menos o valor do Imposto de Importação, discriminado na DI, que somado aos outros valores como IPI e o valor em Dólar transformado em Real chegou-se a Base de Cálculo do ICMS devido.

Reiteram os autuantes sua afirmativa constante de sua informação fiscal de que a base de cálculo para apuração do ICMS sobre as importações deve ser todas as despesas pagas pelo adquirente da mercadoria ou bem importado, que deve ser pago no dia do efetivo desembaraço da mercadoria, logo o valor do dólar a ser aplicado para determinar o ICMS a recolher deve ser o valor do dia do desembaraço e não o da data de embarque no porto de origem da mercadoria como efetuou a autuada.

Reitera os autuantes seu pedido para que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade suscitada pela defesa, entendo que não deve prosperar, haja vista a existência nos autos de todos os elementos que deram origem às exigências, objeto do presente Auto de Infração. Não vislumbro, portanto, que ocorrera prejuízo algum ao exercício de ampla defesa pelo autuado. Primeiro porque em ambas as infrações a fiscalização se louvou dos documentos fiscais fornecidos pelo próprio autuante, ademais, no caso específico das importações – infração 02, as cópias dos documentos fiscais foram colacionados aos autos, fls. 17 a 92. Segundo, as planilhas contendo os demonstrativos de apuração relativa às exigências contidas na infração 02 estão explicitadas no anexo 02, fls. 11 a 16. Como exemplo cito a DI nº 04/0272829-1, fls. 51 a 61, nota fiscal nº 36.614, cuja data de desembaraço aduaneiro é 23/03/04, que foi apurada a diferença de R\$ 831,70, fl. 13. Consta à fl. 13 a constituição da base de cálculo no valor de R\$ 35.276,59 que resultou no imposto a recolher no valor de R\$ 5.997,02, como somente fora recolhido pelo autuado, R\$ 5.165,32, fl. 59, remanesceu a diferença de R\$ 831,70, fl. 13. O total da base de cálculo no valor de R\$ 35.276,59, fl. 13,

é constituída da parcela do Imposto de Importação no valor de R\$ 3.195,06, fls. 13 e 55, das demais despesas (frete marítimo, seguro, taxa de liberação Siscomex e armazenagem aérea) totalizado R\$ 11.936,14, explicitada à fl. 55, adicionando-se ainda o valor do VMLD, fl. 51, de US\$ 6.885,90, que convertido em real na taxa de câmbio do dia de desembarço, 24/03/04, corresponde a R\$ 20.145,39, como se verifica na tabela resumo.

D I nº 04/0272829-1 - fls. 50 a 61 - DATA DO DESEMBARAÇO 24/03/2004 - cotação USD = R\$ 2,92560						
COMPOSIÇÃO DA DE CÁLCULO	BASE	VALORES	ICMS IMPORT.	RECO- LHIDO	DIFE- RENÇA	OBSERVAÇÕES
IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO		3.195,06				fl. 61
DESPESAS		11.936,14				fl. 55 - Frete, Seguro, Siscomex e Armamz. Aéreo
VMLD - USD 3.885,90 - fl. 51		20.145,39				fl. 51
BASE DE CÁLCULO		35.276,59	5.997,02	5.165,32	831,08	fls. 11, 13 - anexo 02

Com isso, se depreende claramente que a composição da base cálculo encontra-se inteiramente demonstrada nos autos.

Não há, portanto, que se falar em cerceamento de defesa e muito menos, em falta de especificação de quais as despesas compuseram a base de cálculo do imposto ICMS, como quer aduzir o autuado ao alegar desconhecimento das despesas aduaneiras lançadas pela fiscalização e por ele não consideradas.

Deixo também de acatar o pedido de diligência pleiteado pela defesa, tendo em vista ter verificado constarem dos autos todos os elementos necessários para o meu convencimento acerca da matéria, ora em lide.

Ultrapassando a preliminar passo a manifestar meu voto iniciando pela infração 01, que versa sobre a falta de recolhimento do diferencial de mercadorias adquiridas em outras unidades federadas e destinadas ao consumo do estabelecimento, no exercício de 2004.

A defesa diz acatar parcialmente o lançamento, entretanto alega que o levantamento elaborado pela fiscalização incluiu notas fiscais de aquisições de mercadorias isentas e submetidas ao regime de substituição tributária, apresentando cópias das referidas operações, com exceção da nota fiscal nº 10924, para qual apresentou cópia de uma nota de débito emitida pela Rede MED relativa ao fornecimento de medicamentos aos seus empregados alegando que nessa operação não ocorre a incidência do ICMS.

Os autuantes acolhem as alegações defensivas em relação às notas fiscais apontadas pela defesa relativas às operações isentas e substituição tributária, elaborando, inclusive demonstrativo de débito reduzindo o valor do lançamento inicial de R\$ 2.559,67, para R\$ 2.434,91. Entretanto não acatam a explanação e justificativa acerca da nota fiscal nº 10.924, emitida por empresa do estado de Minas Gerais e registrada no livro Registro de Entradas. Além de não restar comprovada a relação entre a nota de débito da Rede MED e a referida nota fiscal os autuantes não acolhem as ponderações defensivas, tendo em vista que o autuado não apresentou cópia da documentação fiscal, único meio para elidir a acusação fiscal.

Da análise das peças constantes dos autos que compõem essa infração constato que está correta a exclusão das notas fiscais nºs 922888, 930406, 93075, 454288 e 449083, fls. 124 a 128, por se tratarem de mercadorias isentas ou sujeitas a substituição tributária, portanto, não alcançadas pelo recolhimento da diferença de alíquota, prevista no art. 7º do RICMS-BA/97.

Com relação à nota fiscal nº 10924, em que pese a comprovação por parte da defesa da existência de contrato celebrado com a Rede MED para fornecimento de medicamentos aos seus empregados, o autuado não carrou os autos cópia da referida nota fiscal, escriturada que se encontra em seu livro Registro de Entrada, para dirimir a questão, ora em lide.

Por isso, entendo que restou parcialmente caracterizada a infração 01, de acordo com o demonstrativo de apuração retificado pelos autuantes, fls. 133 a 136, que reduziu o valor do débito para R\$ 2.434,91, em decorrência da exclusão das notas fiscais de operações isentas e sujeitas a substituição tributária.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 01

DATA OCOR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	IMP. DEVIDO	MULTA
28/02/2004	09/03/2004	11.365,12	17,0%	1.932,07	60,0%
31/05/2004	09/06/2004	2.957,88	17,0%	502,84	60,0%
T O T A L				2.434,91	

Infração 02 - trata do recolhimento a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, e pela utilização incorreta da taxa cambial.

O autuado impugna essa infração sob a alegação de que não constam dos autos de elementos suficientes para explicitar a determinação da base de cálculo do ICMS nas importações por ele realizadas e apontadas pela fiscalização como tendo sido recolhido o imposto a menos. Questão essa que deixo analisar tendo em vista já ter sido abordada no exame relativo à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

A defesa admite existir equívocos em relação a adoção da taxa de câmbio relativa a data diversa da data do desembaraço, conforme preconiza o inciso I do art. 58 do RICMS-BA/97, entretanto, diz que essa diferença por ele reconhecida é mínima.

Da análise das peças que constituem a infração 02 do presente auto de Infração verifico, depois de consultar o site do Banco Central do Brasil, que estão corretas as taxas de câmbio adotadas pela fiscalização para apuração da diferenças nas operações de importação realizadas pelo autuado e que foram objeto dessa infração, pois, coincidem totalmente com o câmbio oficial nas respectivas datas de desembaraço.

Em relação à composição dos elementos que integram a base de cálculo, constato também que a demonstração constante no anexo 02, fls. 11 a 16, elaborado pelos autuantes, evidenciam claramente a origem de todos os cálculos que resultaram nas diferenças exigidas. Ademais, às fls. 17 a 92, estão apensados aos autos cópias de todas as despesas que compuseram cada processo de importação com sua respectiva DI e que embasaram os demonstrativos de apuração.

Por entender que estão corretos e devidamente evidenciados os procedimentos de apuração das diferenças que resultaram no recolhimento a menos, é que reconheço como caracterizada a infração 02.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **089599.0010/06-3** lavrado contra **MUCAMBO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.478,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR