

A. I. Nº - 207108.0021/06-9
AUTUADO - M F COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE ANTONIO OLIVEIRA SOUZA
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 08.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0221-02/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito ao não lançamento de documentos fiscais, ao passo que a matéria fática é a omissão de saída apurada mediante levantamento quantitativo de estoque. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração Nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2006, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$106.602,01, em decorrência de:

- 1- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$85.888,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
- 2- Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, com ICMS devido no valor de R\$20.713,82.

O autuado apresentou defesa às folhas 40 e 48, impugnando parcialmente o lançamento tributário alegando que o autuante não considerou:

1. A legislação em vigor, especialmente o artigo 87, inciso XXX e XXXI (Alteração 71) Decreto nº 9.733 de 21/12/2005 e artigo 352 em seus parágrafos 2º e 3º;

2. Que o produto das Notas Fiscais nºs 4680, 36932, 4126, 48911, 48910, 5267, 6471, 54388, 6766, 57688, 57698, 6982, 65789, 7668 e 65788 é charque;
3. Que o inciso XXXI do artigo 87 foi acrescentado pela alteração nº 71, estabelecendo que nas operações internas com vinagre, charque e margarina a incidência do imposto deve resultar numa carga tributária de 7%, de tal forma que, quando a base de cálculo do imposto relativo a operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente reduzida, redução que quer dizer, que não há diferença a recolher. Se recebeu a mercadoria de outra unidade da federação com alíquota 7%, esta será obrigatoriamente 7%, sendo assim, não há imposto a recolher;
4. Que o produto constante das Notas Fiscais nºs 96604, 562026, 562024, 3838, 198522 é leite em pó e o § 2º do artigo 352 estabelece que, quando a base de cálculo do imposto relativo a operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplado com a referida redução, observada a obrigatoriedade do estorno proporcional dos créditos fiscais. O leite em pó tem redução da base de cálculo de 58,824%, assim, não há diferença de imposto a ser recolhida, o mencionado artigo em seu § 3º estabelece que, para os efeitos deste artigo, também são consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual.
5. Que o produto constante das Notas Fiscais nº 1377, 83256, 114978, 120855 é óleo refinado de soja, tendo uma redução de 41,666%, com alíquota de 12%, conforme §§ 2º e 3º do artigo 352 do RICMS/97;
6. Que os produtos constantes das Notas Fiscais nº 83256, 99626, 103502, 97322, 114978, 120885, 203 e 204 são fubá de milho e derivados do milho, gozando de isenção de 100%, conforme inciso XXX do artigo 87 do RICMS/97.
7. Que o ICMS das Notas Fiscais nºs. 362063, 362051, 191107, 191714, 194069, 195584, 194439, 195584, 194439, 197980, 197074, 3777, 3778, 0021 e 343022, foi recolhido conforme cópia dos DAE's que acostou a defesa.

Quanto a infração 02 diz que houve equívoco do autuante, pois não se constata em nenhum momento omissão de saída de mercadorias ou o não lançamento fiscal dos documentos fiscais nos livros próprios. Além disso, conforme legislação em vigor todos os itens dos referido documentos fiscais beneficiam-se da alíquota de 7%.

Sustenta que houve equívoco do autuante na contagem de estoque, pois não se observa o alegado, visto que revendo os documentos fiscais não se constatou a infração em epígrafe, conforme demonstrativo que elaborou e cópia das notas fiscais que acostou.

Requer nulidade da infração, pois foi baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação.

Na informação fiscal às folhas 177 a 178, o autuante ressaltou que os valores apresentados pelo autuado em relação a infração 02 não se encontra amparado em qualquer documento, razão pela qual somente acata o argumento em relação a aplicação da alíquota de 7%, pois todos os produtos são da cesta básica.

No tocante a infração 01, apresentou os seguintes esclarecimentos:

1. ÓLEO DE SOJA E DE MILHO – em relação a Nota Fiscal nº 1377 o autuado não comprovou o recolhimento, enquanto as demais notas não são de óleo refinado, opinando pelo recolhimento no valor de R\$870,20, conforme Anexo I;
2. LEITE EM PÓ – Diz que de acordo com o artigo 86, inciso XXI do RICMS/97, fica reduzida a base de cálculo me 58,825%, tendo o mesmo tratamento em relação ao crédito fiscal, conforme

artigo 10, inciso II do mesmo regulamento opinando pelo recolhimento no valor de R\$4.890,09, conforme Anexo II;

3. PRODUTO DE MILHO - As notas fiscais não se tratam apenas de fubá de milho. Os itens calculados são produtos que não se encontram previsto no artigo 87 inciso XXX do RICMS/97. Tais como colorau, óleo de girassol, óleo de milho e maionese, mesmo que fossem derivados do milho o artigo não menciona tais derivados. Não foram encontrados DAE's pagos dessas notas, razão pela qual confirmou a cobrança das notas fiscais constante do Anexo III, com imposto a recolher em 2005 no valor de R\$1.189,04 e em 2006 o valor de R\$384,58, totalizando R\$1.573,62;
4. CHARQUE – Reconhece que houve erro no levantamento, tendo refeito os cálculos opinando pela redução de R\$67.266,37.

Ao final, opina pelo julgamento procedente em parte no valor de R\$15.863,13, conforme abaixo:

Infração 01 – R\$8.529,22;

Infração 02 : Anexo 1- Óleo de soja, óleo de milho/girassol e colorau – R\$870,20;

Anexo 2- Leite em pó – R\$4.890,09;

Anexo 3- Produto de milho – R\$1.573,62

O autuado recebeu cópia da informação Fiscal, tendo sido intimado do prazo para se manifestar, porém, silenciou.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de 02 (duas) infrações, as quais passo a analisar.

Na Infração 01 é imputada ao autuado a 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 no anexo 88.

Em sua manifestação defensiva o autuado apontou diversos erros do autuante, fatos que foram acatados na informação fiscal, tendo o próprio auditor autuante informado que revisou os levantamentos, tendo reduzindo o débito de R\$85.888,19 para R\$ 7.333,91. Ressalto, que o autuado recebeu cópia do resultado da informação fiscal e não se pronunciou. Interpreto este silenciou como reconhecimento tácito da autuação. Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

DATA OCORR	ÓLEOS	LEITE EM PÓ	PRODUTOS MILHO	TOTAL
30/6/2005			1.189,04	1.189,04
28/2/2006	338,29	704,68		1.042,97
30/3/2006		3.379,41		3.379,41
30/4/2006				0,00
30/5/2006	147,33			147,33
30/6/2006				0,00
30/7/2006				0,00
30/8/2006		392,19		392,19
30/9/2006	384,58	413,81	384,58	1.182,97
TOTAL	870,20	4.890,09	1.573,62	7.333,91

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Assim, o auditor autuante acusa o contribuinte de não ter escriturado documentos fiscais nos livros próprios.

Quais seriam estes documentos? É fundamental que o autuado seja informado dos dados desses documentos para que possa exercer seu direito de defesa.

A analisando as planilhas acostados pelo auditor para embasar sua acusação, observei não consta nenhum levantamento indicando quais os documentos não lançados que teriam sido apurados na ação fiscal. Somente consta nos autos um levantamento quantitativo de estoque, ocorre que essa acusação não está consignada no Auto de Infração. Consta da infração 02, conforme acima indicado, a falta de lançamentos de documentos fiscais.

Assim, entendo que houve cerceamento do direito de defesa, devendo a infração em tela ser declarada nula, conforme argüiu o autuado em sua peça defensiva, respaldada no artigo 18, inciso II do RPAF/99, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma do artigo 21 do mesmo regulamento.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO	JULGAMENTO
1	7.333,91	PROCEDENTE EM PARTE
2	0,00	NULA
TOTAL	7.333,91	

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 207108.0021/06-9, lavrado contra **M F COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.333,91**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser renovado o procedimento fiscal em relação a infração julgada nula.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR- PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR