

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0001/07-7
RECORRENTE - BERTIN LTDA. (BRACOL HOLDING LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0209-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/02/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0013-11/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 2. MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA REGISTRADA NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA PORCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JF Nº 0209-04/07, que, unanimemente, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionada no Anexo 88 do RICMS-BA/97, sendo cobrado imposto no valor de R\$25.065,46, acrescido da multa de 60%;
2. Falta de recolhimento do ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo cobrado imposto no valor de R\$2.943,90, acrescido da multa de 60%;
3. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto, sendo cobrado imposto no valor de R\$2.378,20, acrescido da multa de 60%;
4. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da ausência de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - no exercício fechado de 2005, sendo cobrado imposto no valor de R\$292,19, acrescido da multa de 70%;
5. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, restando exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2006, sendo cobrado imposto no valor de R\$ 2.456,47, acrescido da multa de 70%;

6. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por Antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada, sendo cobrada a multa de 60% sobre o valor do imposto, resultando no valor de R\$ 1.079,68.

Na Decisão recorrida, a JJF, de plano, afastou as preliminares de nulidade suscitadas, por entender descabidas as alegações engendradas, face as evidências constantes dos autos, sucumbindo os argumentos aduzidos.

Relativamente às assertivas de precariedade das acusações e dos levantamentos fiscais, apontadas pelo autuado, a JJF entendeu não haver procedência, em razão de todas as infrações afigurarem-se devidamente explicitadas no Auto de Infração, com a clara descrição dos fatos, acompanhados do correspondente enquadramento legal de cada infração cometida. Às fls. 09/159, encontram-se os demonstrativos de apuração dos débitos fiscais das infrações, cujas cópias foram entregues ao autuado em meio magnético (fl. 3), discriminada a origem dos cálculos e identificada toda a documentação fiscal que arrima as seis infrações, revelando, assim, o sentido contrário ao que pretende aduzir a defesa.

Quanto à tese de cerceamento de defesa, a JJF declarou inexistir fundamento para tal arguição, na medida em que os fatos que materializaram as infringências da legislação tributária foram devidamente descritos para cada uma das infrações cometidas, de forma clara e objetiva, bem como individualizado o enquadramento legal apresentado para as imputações de per si, não deixando dúvidas de que o direito à ampla defesa, em momento algum, foi tolhido.

No mérito, observou a Decisão, que o autuado não contestou as infrações 03, 04 e 05, portanto, mantidas na íntegra.

Por seu turno, a infração 1 foi julgada procedente, entendendo a Primeira Instância que os demonstrativos elaborados pelo autuante para apurar o débito fiscal (fls. 9 a 18) explicitam, mês a mês, o total das diferenças apuradas de forma individualizada por nota fiscal e por item de mercadoria, inclusive apresentando o preço unitário eleito, ou seja, o maior entre o preço unitário x MVA e o preço unitário da pauta fiscal, na forma prevista no RICMS-BA/97, não tendo o autuado, em sua defesa, indicado quais os erros ou inconsistências detectadas, colacionando aos autos, tão-somente, planilhas nas quais apresentam, para cada período de apuração, a coincidência entre os valores do imposto apurado e o recolhido, com os valores consolidados por cada nota fiscal, cujas cópias anexou à procedimentalidade. Em suma, o autuado não comprovou incorreção alguma na apuração do débito capaz de elidir a infração, prevalecendo o lançamento efetuado pela fiscalização, ante a falta de comprovação de inconsistência, por parte do autuado, em relação ao demonstrativo de apuração que sustenta a infração. Também não foi acolhido o pleito de compensação dos valores indicados pelo autuante relativos aos meses de setembro e novembro de 2005, eis que, além de desprovido de comprovação, não é permitido pela legislação tributária, cabendo ao interessado, requerer, através de procedimento apropriado, a restituição ou compensação do indébito.

Considerou a JJF a infração 2 como insubsistente, sob o fundamento de que a emissão de notas fiscais complementares de base de cálculo promove a correção das operações tributáveis como não tributáveis apuradas pela fiscalização.

Em relação à imputação classificada como 6, a JJF aduziu que o autuado confundiu a antecipação parcial com o instituto da Antecipação Tributária, sendo aquela prevista no art. 352-A do RICMS-BA/97 (e não no Anexo II do art. 353 do RICMS-BA/97, como pretendeu a defesa), que atinge as mercadorias oriundas de outros Estados para comercialização e não alcançadas pelo regime de Substituição Tributária, portanto, as mercadorias transferidas para o autuado vindas de outro Estado, como é o caso das listadas no demonstrativo de fls. 151 e 152, estão sujeitas à antecipação parcial, restando mantidos os valores lançados de R\$1.079,68.”

Conclui a JJF julgando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, objetivando sua reforma, referente às infrações 1 e 6.

Inicialmente, suscita a nulidade da Decisão, sob o argumento de que a acusação e o levantamento fiscal são precários, por ter a fiscalização deixado de apurar aspectos essenciais, capazes de sustentar o seu posicionamento, sendo-lhe imputado, em relação à infração 1, o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no período compreendido de agosto/2005 a setembro/2006, contudo, no que diz respeito ao mês de setembro/2005, foi calculada, pelos fiscais, uma diferença de R\$11.953,01, desconsiderado o crédito referente ao estoque de charque do dia 30/09/2005, no valor de R\$8.219,40, portanto, o quantitativo correto da diferença seria de R\$3.733,61, de acordo com a previsibilidade do § 1º, art. 5º, do Decreto nº 9.547, de 20/09/2005, cujo teor transcreve. Ressalta, ainda, que também recolhera no mês de novembro/2005, o valor de R\$756,00 a maior, sendo que este importe não foi considerado no cálculo da fiscalização, gerando, destarte, um crédito para o recorrente, que não foi analisado no acórdão recorrido.

Quanto à infração 06, diz que o entendimento da fiscalização de que o imposto deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, não deve prevalecer, na medida em que os agentes fiscais deixaram de verificar a correta classificação tarifária do produto importado (fl. 239). Assevera, também, que, nas diferenças apuradas pelo Fiscal no Demonstrativo de Antecipação Parcial do Imposto, exercício de 2006 (fls. 151 a 152), foram consideradas como antecipação parcial, consoante verificado no item 09 do Anexo 88 - item 29.2 - salgados preparados à base de batata, do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97, enquanto a correta classificação tarifária do produto, recebido em transferência de uma de suas filiais, na qual é a importadora, é a NCM 2004.10.00 — Batatas preparadas ou conservadas, congeladas, comprovada com a cópia da DI sob o nº 07/0453378-7, da Secretaria da Receita Federal de Uruguaiana (fls. 232 a 235), inexistindo infração.

Afirma, em seguida, que, em face de tudo o quanto foi por ele enunciado, fica demonstrada a precariedade da acusação e do levantamento fiscal que lhe deram origem, por ter a fiscalização deixado de apurar circunstâncias elementares e essenciais relacionadas ao caso concreto, assegurando que existe mansa e pacífica jurisprudência administrativa declarando a nulidade de lançamentos fiscais com tais vícios, colacionando aos autos diversas Ementas de Julgados do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo - TIT.

Pede o cancelamento do acórdão, face ter a fiscalização constituído crédito tributário do ICMS, multa e juros de mora sobre valores que jamais poderiam ter sido considerados, ficando evidenciada a precariedade do levantamento fiscal realizado, porque, além de não terem sido realizadas diligências e constatações imprescindíveis para fundamentar a acusação, foram desconsiderados os pagamentos realizados e constituído crédito tributário em relação ao ICMS devido, o que jamais poderiam ter sido consideradas na autuação fiscal.

Alega, também, que o acórdão merece ser cancelado por falta de provas, tendo em vista que o levantamento fiscal gerador da acusação foi realizado de forma absolutamente precária, sem terem, sequer, sido verificados os documentos fiscais para a devida apuração. Acrescenta que este vício gera a nulidade insanável do Auto de Infração por falta de provas, existindo inúmeras decisões do TIT/SP favoráveis à esta tese.

Aduz que o acórdão recorrido deve ser cancelado, por cercear o seu direito ao não demonstrar as razões jurídicas da penalidade aplicada. Afirma que na descrição da infração a fiscalização não demonstrou de forma específica qual operação gerou o crédito considerado indevido, não demonstrando, conseqüentemente, de forma clara e precisa os motivos do lançamento.

Assevera que inexistente relação entre os fundamentos de fato e de direito apontados no Auto de Infração, pois, nos termos do relatório do Auto de Infração, a fiscalização defende a prática de inúmeras infrações à legislação tributária estadual, sem defender, no entanto, que dessas irregularidades resultou crédito tributário do ICMS a ser pago pelo recorrente.

Argüiu que, se as preliminares não forem acatadas, para garantir a nulidade da Decisão recorrida, o mérito, também não prevalece.

Meritoriamente, afirma que não praticou nenhuma infração aos dispositivos considerados como infringidos pela fiscalização, uma vez que o valor do ICMS foi recolhido corretamente, inexistindo a infração tributária material de ter deixado de recolher o imposto com lesão aos cofres públicos.

Tangentemente à infração 1, pugna pelo seu cancelamento, por considerar ter demonstrado e comprovado, em sua defesa, que em setembro/2005, foi calculada pelos fiscais uma diferença de R\$11.953,01, porém, nesse cálculo não foi considerado o crédito referente ao estoque de charque apurado no dia 30/09/2005, no valor de R\$8.219,40, conseqüentemente, o valor correto da diferença é de R\$3.733,61, segundo o art. 5º do Decreto nº 9.547, de 20/09/2005.

Enfatiza ainda que, no mês de novembro/2005, recolhera o valor de R\$756,00 a maior, e que tal importe não fora analisado e considerado no cálculo elaborado pela fiscalização.

Concernente à infração 6, suscita que as diferenças apuradas pelo fiscal no “*Demonstrativo de Antecipação Parcial do Imposto*”, exercício de 2006, foram consideradas como antecipação parcial, segundo a verificação do item 09 do Anexo 88 (item 29.2 - salgados preparados à base de batata, do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97). Prossegue, asseverando que o correto enquadramento do produto, recebido em transferência de uma de suas filiais - Lins, na qual é a importadora, a devida classificação tarifária é NCM 2004.10.00 - Batatas preparadas ou conservadas, congeladas, conforme pode se comprovar com a cópia da DI sob o nº 07/0453378-7, da Secretaria da Receita Federal de Uruguaiiana (doc. 04 da Defesa), informando que tudo isto demonstra a falta de cometimento de qualquer infração descrita na Autuação, não podendo ser responsabilizado por nenhuma infração, porque, de fato, nada cometera, principalmente quando demonstra ter calculado e efetuado corretamente o recolhimento do ICMS.

Por último, em relação à multa, insiste o autuado no cancelamento do acórdão no tocante à aplicação de multa inadequada aos fatos tratados nos autos, na ordem de 60% do valor do imposto devido, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 5.530/89, relatando que, como se depreende da proporção da questionada multa, ela penaliza o contribuinte que não recolheu o imposto tempestivamente, não se justificando a sua aplicação nesta proporção, em razão dos fatos demonstrados no presente Recurso Voluntário, por não ter agido com fraude contra os interesses arrecadatários. Acrescenta que o montante antes citado possui natureza confiscatória, contrária ao artigo 150, Inciso IV, da Constituição Federal vigente, por não ser proporcional à suposta infração cometida pela Empresa.

Conclui, requerendo que seja acolhido o Recurso Voluntário, para reforma do acórdão da 4ª JF, visando o cancelamento integral do lançamento, como medida de Justiça.

Ao exarar o Parecer de fls. 416 a 418, a ilustre representante da PGE/PROFIS salienta que:

“a) No que tange às nulidades suscitadas, não vislumbramos nulidade capaz de macular o lançamento tributário, mormente no tange à violação da ampla defesa, vez que os levantamentos quantitativos constantes dos autos foram elaborados à luz dos livros e documentos fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte.

b) Ademais as acusações não são precárias como afirma o recorrente, mas sim lastreadas na legislação tributária deste Estado e robustecidas por provas materiais das infrações.

c) No mérito melhor sorte não atende ao recorrente que mais uma vez de maneira genérica aduz simplesmente que não cometeu as infrações apuradas.”

Aduz que o autuado não apresentou qualquer documento capaz de afastar as infrações e cita o artigo 143 do RPAF para fundamentar a tese de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a autuação fiscal, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso voluntário.

VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, verifico que o Recurso Voluntário versa sobre o julgamento de Auto de Infração supra identificado, onde é imputada ao sujeito passivo a exigência de ICMS e multa percentual, no valor total de R\$34.215,90, tendo a peça recursal insurgido-se apenas contra a infração dos itens 1 (recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação) e 6 (multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária).

Como detalhadamente relatado, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou parcialmente procedente a autuação, tendo o recorrente, nas suas razões recursais, confirmado, genericamente, as teses argüidas na peça impugnatória, enfatizando, a ocorrência de nulidade do acórdão pelas preliminares de: a) acusação e levantamento fiscal precários; b) falta de provas; c) cerceamento de defesa.

De plano, não acato os pleitos de nulidades suscitados, entendendo serem eles ilegítimos ante os dados probantes residentes no feito, ressaltado o aspecto de que todas as alegações defensivas preliminares foram apreciadas na Decisão recorrida, cuidadosamente analisadas e não acolhidas, sempre com a devida fundamentação.

Dessa forma, não há na Decisão proferida pela 4ª JJF qualquer falha ou omissão capaz de justificar a postulada decretação da nulidade do Acórdão recorrido.

No mérito, relativamente à infração 1, observo que o recorrente aduz, de forma genérica, o não cometimento de nenhuma infração e pugna pela compensação dos valores apurados pelo autuante, nos meses de setembro e novembro de 2005, com créditos, estes desprovidos de comprovação, salientada a circunstância de que tal operação só encontra amparo na legislação tributária, através de requerimento do procedimento apropriado de restituição ou compensação do indébito.

Concernente à infração 6, a assertiva recursal é de inexistência de infração, sob os fundamentos antes descritos. Sucede que, efetivamente, o autuado confunde a antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS – BA/97, objeto da imputação, com o instituto da Antecipação Tributária, que nada tem a ver com o caso em epígrafe, o qual cuida de mercadorias oriundas de outros Estados para comercialização e não alcançadas pelo regime de Substituição Tributária. *In casu*, está o Recorrente, sim, sujeito à antecipação parcial.

Nesse contexto, o Recurso Voluntário não traz à apreciação desta Câmara qualquer fato novo real e concreto, repetição *ipsis litteris* da impugnação inicial, encontrando-se a proceduralidade desacompanhada de prova documental robusta, capaz de sustentar a argüição do Recorrente e promover alguma alteração no julgamento do feito.

Comungo do entendimento da ilustre representante da PGE/PROFIS, quando, no seu Parecer, invoca o artigo 143 do RPAF/BA para asseverar que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

O recorrente pleiteia a nulidade das multas indicadas no lançamento, argüindo que teriam caráter desproporcional e confiscatório, contrariando preceito constitucional de não confisco. Todavia, esta solicitação recursal não pode ser acolhida, já que ditas penas pecuniárias se encontram devidamente amparadas na previsibilidade do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não sendo da competência deste Conselho apreciar a inconstitucionalidade suscitada.

Assim, pelos fundamentos expostos e com supedâneo nos elementos informativos constantes dos autos, evitando delongas desnecessárias, considero incensurável a Decisão proferida pela 4ª JJF, incapaz de sofrer qualquer tipo de reforma, confirmando-a integralmente, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

Em suma, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206855.0001/07-7**, lavrado contra **BERTIN LTDA. (BRACOL HOLDING LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.192,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$27.443,66 e 70% sobre R\$2.748,66, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.079,68**, prevista no art. 42, II, “d”, § 1º, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de janeiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS