

PROCESSO - A. I. Nº 269356.0058/06-2
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE DOCES SÃO FRANCISCO LTDA. (DOCES SÃO FRANCISCO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0098-03/07
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 06/03/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0058-11/08

EMENTA: ICMS: 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DO ATIVO. b) MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Infrações subsistentes. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Redução do imposto cobrado em razão de novo demonstrativo elaborado pelo autuante. Modificada a Decisão recorrida. Infração procedente em parte. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar sujeitando-se a exigência da multa, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei nº 7.014/96. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia e diligência indeferidos. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou integralmente Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/06, com vistas a exigir ICMS no valor de R\$259.728,61, com aplicação da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 87.209,38, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- Deixou de recolher 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, no valor de R\$246.076,75, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2- Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$140,00, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3- Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$326,02, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas para fins de comercialização, no valor de R\$13.185,64, com aplicação da multa de 60%

INFRAÇÃO 5- Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta na descrição dos fatos que o autuado deixou de apresentar os arquivos magnéticos do período de abril a dezembro de 2005 e de janeiro a abril de 2006. Apresentou com omissão de registros obrigatórios de novembro de 2004 a março de 2005, sujeitando-se à multa de 1% do valor das saídas de mercadorias do estabelecimento em cada período fiscalizado na forma do artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Após a realização de duas diligências, a JJF, preliminarmente, rejeitou a prefacial de nulidade argüida pelo autuado, pois entendeu presentes todos os pressupostos de validação do processo, destacando que o Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências regulamentares e os demonstrativos elaborados pelo autuante foram entregues mediante recibo pela Inspetoria Fazendária de Juazeiro (fl. 302), oportunidade em que foi reaberto o prazo de defesa, com o que afastou eventual cerceamento do direito de defesa.

Afirmou, ainda, que o autuante acostou ao processo todos os demonstrativos relativos a cada infração imputada (fls. 09/20), sendo entregue as cópias ao autuado mediante recibo (fl. 312), bem assim, que a autuação contém indicação expressa da natureza do ilícito tributário, do autuado e do montante do débito tributário.

O órgão julgador de Primeira Instância indeferiu o pedido de perícia formulado pelo autuado, ao argumento de que o pleito não atendeu o disposto no parágrafo único, do artigo 145, do RPAF, além do que a prova do fato não requer o conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, II, “a”, do mencionado diploma legal.

Da mesma forma, foi indeferido o pedido de diligência, pois a JJF considerou que os elementos constante no PAF são suficientes para a formação do convencimento, consoante disposto no art. 147 I “a” do RPAF.

No mérito, com relação à infração 01, aduziu que o autuante acostou ao processo demonstrativo elencando os produtos submetidos ao regime da substituição tributária (fls. 09/17), com obrigação pelo sujeito passivo em antecipar o recolhimento das referidas mercadorias, nos termos do artigo 353, I, item 8.3 do RICMS-BA, sem que tenha o autuado trazido aos autos os comprovantes de recolhimentos do imposto devido, nem as cópias das notas fiscais de saída das referidas mercadorias, para comprovar a incidência do imposto, nestas operações. Esclareceu que, no caso, não houve presunção de falta de recolhimento do imposto, pois o autuante constatou o ilícito tributário com base nas notas fiscais de aquisição do sujeito passivo (fls. 21/120), confrontando-as com as guias de recolhimentos devidos por antecipação tributária. Nestes termos, julgou procedente este item do Auto de Infração.

Quanto à infração 02 (fl. 20), que também foi mantida, asseverou que trata da aquisição de 500 telhas da marca “Brasilit”, fornecidas pela empresa SOTELHA E MATERIAS DE CONTRUÇÃO LTDA, localizada no Estado de Pernambuco através da nota fiscal de nº 004076-S1, no valor total de R\$2800,00 (fl. 193), sendo devido o imposto a título de diferença de alíquotas nas aquisições destinadas ao ativo do defendente no valor de R\$140,00. Observou que foi concedido o crédito fiscal no montante de R\$336,00, consignado no referido documento fiscal pela alíquota de 12%, ressaltando que o referido documento não está registrado no livro Registro de Entradas de Mercadorias do autuado, relativo ao mês de dezembro de 2004 (fl. 127).

Com relação à infração 03, (fl. 20), que trata da aquisição de 10 milheiros de formulários, fornecidas pela empresa MOORE DO BRASIL LTDA., localizada no Estado de Santa Catarina através da nota fiscal de nº 102.781, no valor total de R\$3.260,20 (fl. 194), afirmou que os referidos produtos não estão protegidos, sendo devido o imposto a título de diferença de alíquotas nas aquisições destinadas ao consumo do autuado, no valor de R\$326,02, valor este obtido após a

concessão do devido crédito fiscal no montante de R\$228,21, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da não cumulatividade. Destacou que a nota fiscal também não se encontra registrada no livro Registro de Entradas de Mercadorias do autuado, relativo ao mês de abril de 2005 (fl. 140), ficando, diante destas razões, mantida a exação fiscal.

No que concerne à infração 04, aduziu que o imposto exigido por antecipação parcial (fls. 18/19) refere-se à mercadorias adquiridas para comercialização de outras unidades da federação com alíquota de 7%, cujo imposto deveria ter sido recolhido pelo autuado, nos termos do artigo 352-A. Constatou, entretanto, que determinados produtos elencados pelo autuante, estão sujeitos à antecipação tributária com aplicação da MVA prevista no Anexo 88 do RICMS-BA, e, por isso, representou à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal para exigência da diferença do imposto não exigido, nos termos do artigo 157 do RPAF. Tal infração foi julgada procedente.

Relativamente à Infração 05 (falta de apresentação de arquivos magnéticos exigido mediante intimação), afirmou que, à luz dos elementos constantes nos autos (fls. 289/293), o autuante expediu 03 intimações no prazo legal, para que o autuado providenciasse a regularização dos arquivos magnéticos entregues, não sendo atendida a sua pretensão no prazo estipulado, justificando, assim, a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Afirmou que, quanto à inconstitucionalidade da multa aplicada e da exigência da taxa SELIC, trata-se de matéria que extrapola o âmbito de competência deste CONSEF, nos termos do artigo 167, II do RPAF.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 379/390, argüindo, em preliminar, a nulidade da Decisão impugnada, pois o fiscal autuante, em cumprimento à diligência que lhe foi determinada, majorou a multa relativa à infração 05 de R\$87.209,38, para R\$92.315,02. Pede a exclusão dos períodos indevidamente acrescentados pelo fiscal autuante.

Discorre sobre o ônus da prova, sobre as presunções e sobre o arbitramento, concluindo que o presente Auto de Infração padece de nulidade, por não conter provas da ilegalidade imputada à autuada, o que também redundaria em cerceamento ao seu direito de defesa.

No mérito, aduz que a infração 1 refere-se a mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, sem que tenha o autuante indicado, expressamente, que anexos são estes. Afirmo que o Fisco deixou de analisar as notas fiscais de saída das mercadorias, para verificar se foram ou não tributadas, consoante impõe a verdade material. Pede, assim, a decretação da nulidade desta infração.

Quanto à infração 2, aduz que *“o Fisco não demonstrou que considerou como crédito fiscal do recorrente o valor do imposto que corresponde à proporção das operações de saída ou operações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas, no espaço entre a aquisição do bem destinado ao ativo permanente e a data da lavratura do Auto de Infração”*. Assim, pugna pela anulação desta infração.

Quanto à infração 3, invoca a não-cumulatividade do ICMS, para aduzir que tem direito ao crédito fiscal, direito este que não pode ser reduzido, condicionado ou excluído, salvo nas hipóteses já contempladas no Texto Maior.

No que tange à infração 4, diz que diversas mercadorias objeto deste item não estão sujeitas à antecipação tributária, tais como geléia, cocada, etc., pois não estão inseridas no anexo 88. Refere-se, ainda, à circunstância de que em muitas colunas dos demonstrativos elaborados pelo autuante não constam os nomes das mercadorias, mas apenas “outros”, o que conduz à nulidade da exação.

Relativamente à infração 5, afirma que o fato ocorrido não se encaixa no tipo legal do art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois houve mero erro no preenchimento dos dados da base para o programa SINTEGRA, sem que tenha havido qualquer prejuízo para o Fisco. Alega que o contribuinte jamais foi intimado a corrigir os equívocos apontados. Assevera que a multa é desproporcional e irrazoável, invocando entendimento do STF em seu favor.

Atribui inconstitucionalidade a todas as multas aplicadas no presente lançamento de ofício e à correção do débito tributário mediante a incidência da taxa SELIC.

Arremata o seu Recurso Voluntário, pedindo a incidência do brocardo *in dubio pro contribuinte* e pugnando pela improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 397/402, opina pela rejeição das preliminares suscitadas, defendendo, no mérito, o Improvimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que a Decisão impugnada está correta e contém embasamento legal, tendo sido demonstrado, de outro lado, o cometimento das infrações imputadas ao contribuinte.

VOTO

Ab initio, rejeita-se a preliminar de nulidade da Decisão impugnada, pois, em que pese o autuante tenha apresentado novo demonstrativo da multa relativa à infração 05 em valor superior ao inicialmente exigido, tal majoração não foi considerada pela JJF. Assim, não houve a alteração do lançamento da infração 05 vislumbrada pelo contribuinte, tendo o órgão primário apenas determinado que a repartição de origem verifique a necessidade de nova ação fiscal para cobrança da diferença, o que atende perfeitamente à legislação aplicável à espécie (art. 156, do RPAF).

Da mesma forma, não merece acolhida a prefacial de falta de provas, seja porque argüida de forma atécnica, sem especificar onde, de fato, reside a vicissitude apontada, seja porque todas as infrações estão embasadas em prova documental idônea, tendo a JJF sido extremamente cuidadosa no exame das questões que envolvem a presente lide administrativa, chegando a exigir a realização de duas diligências, cujas respostas foram suficientes para dissipar todas as dúvidas acerca da regularidade da cobrança engendrada.

No mérito, o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte em nada acrescenta ao deslinde da causa, muito menos tem o condão de modificar a conclusão a que chegou a Decisão alvejada.

Com relação à infração 1, a autuação pretende a cobrança do ICMS por antecipação, que deveria ter sido recolhido pelo recorrente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mediante a aplicação do percentual relativo à margem de valor agregado previsto no anexo 88, consoante expressamente consignado pelo preposto fiscal. A alegação do recorrente de que desconhece o conteúdo dos anexos não elide a infração, pois, como cediço, o eventual desconhecimento do direito não afasta o dever de cumprir com as obrigações decorrentes das relações jurídico-tributárias.

Ademais, ao revés do que assevera o recorrente, não cabia ao Fisco verificar as notas fiscais de saídas das mercadorias objeto desta infração para certificar o não recolhimento do tributo devido, uma vez que se tratam de documentos que estão em poder do contribuinte, cabendo a este o dever de colacionar aos autos do processo administrativo as provas documentais que estão em seu poder, a teor dos arts. 123, parágrafo 5º, 142 e 147, inciso I, “b”, todos do RPAF. Na hipótese vertente, o contribuinte não trouxe aos autos uma nota fiscal sequer que pudesse dar respaldo às suas alegações, nem mesmo para fins de amostragem, o que inviabiliza por inteiro o acatamento de sua tese defensiva.

Quanto à infração 2, o Recurso interposto insurge-se, exclusivamente, quanto à não consideração por parte do preposto fiscal do crédito decorrente da aquisição de bens do ativo permanente do estabelecimento. A assertiva, todavia, está inteiramente dissociada da autuação, na qual se pretende cobrar o valor relativo ao diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais decorrente da operação de compra de bem para o ativo fixo, sendo que o crédito fiscal daí oriundo deverá ser fruído na forma e nos prazos fixados no regulamento (art. 93, parágrafo 17). Acaso o recorrente tenha negligenciado quanto à utilização de tais créditos, deverá fazer uso do procedimento específico destinado à utilização de créditos extemporâneos, consoante dispõem os arts. 101 e seguintes, do RICMS.

O mesmo ocorre com a infração 3, que também visa à cobrança do diferencial de alíquotas, só que desta vez com relação a bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. A alegação do contribuinte, de que a exação é indevida em virtude da incidência da não-cumulatividade constitucionalmente prevista não encontra o mínimo respaldo jurídico.

Em verdade, o princípio invocado não guarda qualquer relação com a cobrança do imposto decorrente da diferença entre alíquotas, muito menos impede o seu respectivo lançamento ou é por ele afrontado. A cobrança do diferencial de alíquotas representa, em última análise, efetivo respeito ao parágrafo segundo, inciso I, do art. 155, da Constituição Federal, uma vez que do tributo total devido ao estado de destino da mercadoria objeto da operação de circulação abate-se integralmente o valor do imposto pago ao estado de origem, evitando, assim, a odiosa tributação em cascata.

Na infração 4, o contribuinte volta a confundir conceitos absolutamente estanques, desenvolvendo tese recursal juridicamente inviável. O lançamento refere-se à antecipação parcial do ICMS, que está regulada pelo art. 352-A, do RICMS, tendo como um dos requisitos justamente o fato de a mercadoria não estar sujeita à substituição ou antecipação tributárias. Vale o registro de que esta “antecipação tributária” nenhuma relação possui com a antecipação parcial lançada na presente infração. Assim, o fato de os demonstrativos do autuante contemplarem mercadorias que não estão na substituição tributária apenas reforça o acerto da cobrança levada a efeito.

Também não merece acolhimento a alegação de nulidade em razão de a planilha elaborada pelo preposto fiscal indicar várias mercadorias como “outros”, pois tal ponto foi esclarecido na diligência de fls. 326 a 329, na qual foi, inclusive, reduzido o montante lançado para R\$11.240,20, consoante demonstrativos anexados ao PAF.

Verifica-se, entretanto, que tal redução não foi considerada pela JJF, carecendo de reforma, no particular, a Decisão impugnada, para reduzir o imposto devido ao montante indicado pelo autuante, no resultado da diligência, qual seja, R\$11.240,20.

Relativamente à infração 5, o contribuinte limita-se a afirmar que não praticou as irregularidades que lhe são apontadas, o que não é suficiente para tornar ilegítima a multa lançada, nos termos do art. 143, do RPAF. De outro lado, a falta de entrega dos arquivos magnéticos está devidamente comprovada nos autos, devendo, pois, ser mantida a Decisão impugnada.

Por derradeiro, deixa-se de conhecer as matérias relativas à inconstitucionalidade das multas aplicadas e da incidência da taxa SELIC sobre o débito tributário, tendo em vista o óbice constante do art. 167, I, do RPAF.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, apenas para reduzir o imposto lançado na infração 4 para o montante de R\$11.240,20, consoante as conclusões a que chegou o próprio autuante, na resposta à diligência requerida pela JJF (fls. 326 a 329).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269356.0058/06-2, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE DOCES SÃO FRANCISCO LTDA. (DOCES SÃO FRANCISCO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$257.782,97**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$87.209,38**, prevista no art. 42 XIII-A “g”, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - PGE/PROFIS