

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0006/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G. BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0014-03/08
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 05/06/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-11/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Autuado elidiu parte da autuação. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. Infração parcialmente subsistente, após exclusão de produtos não sujeitos à incidência do ICMS. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **c)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. Infrações parcialmente procedentes, após revisões fiscais realizadas, para saneamento do PAF. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nestas situações deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações parcialmente comprovadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0014-03/08, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige o débito no montante de R\$377.447,41, em razão da constatação de oito infrações, a saber:

INFRAÇÃO 1- Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$65.862,24, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 2- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$3.058,22, 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.

INFRAÇÃO 3- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$6.010,16, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

INFRAÇÃO 4- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$28.111,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

INFRAÇÃO 5- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$51.192,97, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

INFRAÇÃO 6: Efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, no valor de R\$168.594,66, no caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

INFRAÇÃO 07- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$36.695,11, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e consequentemente, sem a devida escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (Exercícios de 2002 e 2003).

INFRAÇÃO 8: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$17.922,98, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. (Exercícios de 2002 e 2003).

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$257.497,09, pelas seguintes razões:

Quanto à infração 1, que se refere ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, foi ressaltado que o total do débito devido relativo ao mês de abril de 2002, registrado no Livro de Apuração do ICMS é de R\$47.206,37, que, deduzindo-se o ICMS recolhido pelo contribuinte (fl. 17), resta devido o valor de R\$2.704,52, fato reconhecido pelo autuante. Também se constatou que o autuado acostou aos autos às folhas 849/852, títulos de incentivo relativo ao FAZCULTURA para deduzir do ICMS a recolher a partir dos meses de novembro de 2002, dezembro/2002, janeiro 2003 e março de 2003, fato reconhecido pelo autuante que elaborou novo demonstrativo de débito para esta infração à folha 1071. Assim, a JJF julgou parcialmente procedente a infração 1, reduzindo o débito para R\$20.087,03.

Com relação à infração 2, que se refere à falta de recolhimento do 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, a JJF discordou do reconhecimento das alegações defensivas, informado pelo autuante, uma vez que os produtos de informática e seus periféricos sofrem redução de base de cálculo em 58,825%, quando adquiridos dentro do Estado da Bahia, nos termos do artigo 87, inciso V, do RICMS-BA, e, no caso em apreço, tais aquisições se originaram dos Estados do Rio Grande do Sul e Sergipe. Observa ainda, que apesar de o autuante ter elaborado demonstrativo da infração à folha 18, indicando a falta de recolhimento para o mês de janeiro de 2003, no valor de R\$69,30, não exigiu tal imposto neste Auto de Infração. Assim, representou à autoridade administrativa para instaurar novo procedimento fiscal para exigência do valor remanescente. Manteve na íntegra a exigência fiscal deste item.

No que tange à infração 3, que se refere à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, se fundamentou a JJF na diligência realizada pela ASTEC (fls. 1.801/2), a qual constatou a inclusão de valores, referentes à aquisição, por transferências, de produtos (revistas e periódicos de uso interno) que não estão sujeitos à incidência do ICMS, nos termos do artigo 6º, XIV, “d”, item 02, do RICMS-BA. Assim, julgou parcialmente procedente este item, no valor de R\$1.198,14, conforme demonstrativo à fl. 1.803 dos autos.

Concernente à infração 4, que se refere à 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, aduz a JJF que após as diversas diligências realizadas, para saneamento do PAF, o autuante em sua última manifestação às folhas 2.913/14, esclarece os fatos, validando as argumentações do contribuinte, discordando apenas quanto à duplicidade da cobrança com a infração 6. O autuado, por sua vez, manifestou-se quanto à conclusão do autuante (fls. 2.926), requerendo que fosse acolhido integralmente os termos da diligência fiscal solicitada por esta JJF. Assim, por inexistência de controvérsias após as diligências realizadas, a JJF acatou o demonstrativo elaborado pelo autuante à folha 1.072, e julgou parcialmente procedente esta infração, no valor de R\$20.869,44.

No que tange à infração 5, que se refere ao 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, aduziu a JJF que no mês de novembro de 2002 o autuante lançou na sua planilha à folha 103 o valor de R\$2.950,60, quando o montante correto seria R\$178,13 (fl. 1.025); no mês de janeiro de 2003 o equívoco se repete à folha 105, em confronto com a folha 734, cujo valor correto é R\$706,24. Quanto ao mês de junho de 2003, verificou que o autuante não incluiu o recolhimento no valor de R\$1.203,37, relativo ao pagamento do Fundo de Combate à Pobreza, de produtos sujeitos à antecipação tributária, conforme folhas 105 e 1.027/28, e no mês de agosto de 2003 (fl. 106), restou comprovado o recolhimento no valor de R\$17.265,24 (fl. 1.029), não considerado pelo autuante. Por conseguinte, julgou parcialmente procedente a infração 5, reduzindo o débito para R\$45.690,58.

Quanto à infração 6, que se refere ao recolhimento do ICMS a menos por antecipação, no caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, verificou a JJF que assiste razão em parte ao autuado, quanto ao mês de maio de 2002, tendo em vista que não existem nos mapas de apuração do ICMS do autuado mercadorias com agregação de 140%, conforme se verifica as folhas 365/399 em cotejo com o demonstrativo do autuante à folha 107, devendo ser reduzido o débito do aludido mês para o valor de R\$2.133,68. Quanto ao mês de janeiro de 2003, observou o equívoco cometido pelo autuante, indicado no demonstrativo à folha 109 (refrigerantes), pois a base de cálculo indicada acrescida de MVA de 140%, deveria ser de R\$6.141,67; o ICMS devido calculado pela alíquota de 17%: R\$1.044,08, que deduzido o crédito fiscal no valor de R\$307,09 e o imposto recolhido pelo contribuinte no valor de R\$138,99, resultaria em imposto devido a título de antecipação tributária no valor de R\$598,00, Conseqüentemente o imposto a recolher no mês de janeiro/2003 deve ser reduzido para R\$6.356,46. Já no mês de maio de 2003, aduz a JJF que também não encontrou nos demonstrativos do referido mês mercadorias no valor de R\$12.258,47 (fl. 109), em cotejo com o mapa de apuração do ICMS do autuado (fls. 677/695), resultando em ICMS a recolher no valor de R\$3.428,19. Entende também a Decisão recorrida que no mês de junho de 2003, igualmente assiste razão ao autuado eis que o autuante aplicou de forma equivocada MVA de 30%, para produtos resultantes do abate de gado. Verificou que o valor das mercadorias indicadas no mapa de apuração do ICMS (fl. 656) e no demonstrativo do autuante (fl. 109) é de R\$23.160,16, que acrescido da MVA de 16%, e deduzidos os créditos fiscais e o ICMS recolhido pelo autuado, resulta em imposto a pagar no montante de R\$69,79, devendo o total do débito para o referido mês ser reduzido para R\$2.507,36. Assim, a JJF não acatou o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, às folhas 2.915/2.917, referente à diligência requerida, em razão de equívoco na totalização dos valores, como também por não ter considerado os argumentos defensivos para o débito relativo ao mês de junho de 2003. Por conseguinte julgou parcialmente procedente a infração 06, no valor de R\$160.461,94, conforme demonstrado na Decisão.

Quanto às infrações 7 e 8, que se referem à falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e conseqüentemente, sem a devida escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apuradas mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 2002 e 2003), a Decisão recorrida se fundamentou no Parecer ASTEC nº. 105/2007, acatando os novos demonstrativos elaborados e julgando parcialmente procedentes as infrações 7 e 8, nos valores de R\$4.588,91 e R\$1.542,83, respectivamente.

A 3ª JF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida, por unanimidade, desonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos exigidos nas infrações: 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 em montante superior ao previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise das peças processuais verifico que está correta a Decisão recorrida, uma vez que, através de diversas diligências realizadas pelo autuante e por preposto da ASTEC, se constatou, mediante documentos comprobatórios, a insubsistência parcial dos débitos exigidos nas infrações que se alude, em razão de diversas inconsistências, consoante foi demonstrado pelo recorrido, em suas intervenções no Processo Administrativo Fiscal.

Assim, após tais considerações, as quais foram analisadas e acatadas parcialmente pelo autuante e pela diligente, após compulsar os documentos fiscais e a escrita fiscal do contribuinte, concluo pela alteração do valor: da primeira infração de R\$65.862,24 para R\$20.087,03; da terceira infração de R\$6.010,16 para R\$1.198,14; da quarta infração de R\$28.111,07 para R\$20.869,44; da quinta infração de R\$51.192,97 para R\$45.690,58; da sexta infração de R\$168.594,66 para R\$160.461,94; da sétima infração de R\$36.695,11 para R\$4.588,91 e da oitava infração de R\$17.922,98 para R\$1.542,83, remanescendo o débito total de R\$257.497,09 para o Auto de Infração, do que concordo.

Diante do exposto, do exame do Recurso de Ofício, impetrado pela 3ª JF, entendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, conforme se pode constatar através do teor do voto que a embasou, razão do meu voto ser pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao item 3)

“*Data vênia*” o voto do ilustre relator, discordamos do mesmo quanto ao não provimento do Recurso de Ofício em relação ao item 3 da presente autuação, que se refere à exigência de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, pelas razões que abaixo expomos.

Como se verifica dos demonstrativos de fls. 1.804 a 1.826 e dos documentos fiscais acostados aos autos às fls. 1.828 a 2.102, os produtos recebidos em transferência da unidade da empresa autuada localizada em Sergipe são de fato materiais de uso e consumo a serem utilizados no estabelecimento autuado, o que implica na exigência de pagamento da diferença de alíquotas, quando da sua entrada no estabelecimento de contribuinte.

Tal regramento, inserto no art.2º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, tem base constitucional, conforme art. 155, II, §2º, incisos VII, “a” e VIII, conforme se vê do dispositivo em comento abaixo transcrito.

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; Grifos nossos.

Do exposto, correta a exigência fiscal em tela, devidamente lastrada na legislação pertinente. A alegação do sujeito passivo, acatada pela JJF e por esta Câmara, a nosso ver equivocadamente, não merece guarida. A uma porque o fato dos referidos materiais terem sido gravados na aquisição interna pelo estabelecimento de Sergipe apenas pelo ISS, por serem de fato produtos feitos sob encomenda deste, não afasta a exigência do ICMS quando da posterior transferência dos mesmos, em operação interestadual, para o estabelecimento autuado, arrimado na regra constitucional acima citada. É outra a materialidade. Na primeira operação – compra interna no Estado de Sergipe pelo estabelecimento da G.Barbosa lá localizado, de impressos e materiais feitos por encomenda – coube apenas a incidência do ISS. Na segunda operação - transferência interestadual de materiais para uso e consumo do estabelecimento de contribuinte localizado na Bahia – há a ocorrência de fato gerador do ICMS, como determina as normas acima citadas, também transcritas no art. 4º, XV, do RICMS/BA da Lei nº 7.014/96, “*in verbis*”:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.” Grifos nossos.

Do exposto, entendemos que a Decisão de Primeira Instância ao julgar improcedente este item da autuação, bem como o voto proferido pelo relator desta Câmara de Julgamento Fiscal mantendo a decisão da JJF, fere frontalmente as normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes, acima citadas, daí porque divirjo dos mesmos e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício quanto ao item 3 da presente autuação, para julgar procedente a exigência fiscal em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto ao item 3 e, por unanimidade em relação as demais infrações, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0006/06-6**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$257.497,09**, acrescido da multa de 60% sobre R\$252.908,18 e 70% sobre R\$4.588,91, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 3)– Conselheiros (as): Fernando Antônio Brito de Araújo, Oswaldo Ignácio Amador, Valnei Sousa Freire, Fábio de Andrade Moura e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 3) – Conselheiro: Sandra Urânia Silva Andrade.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS