

PROCESSO - A. I. Nº 281082.0007/07-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRATELLI VITA BEBIDAS S.A.
(CDD/FRATELLI – SALVADOR)
RECORRIDOS - FRATELLI VITA BEBIDAS S.A. (CDD/FRATELLI – SALVADOR) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0032-04/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 23/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-12/08

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO PELO ESTABELECIMENTO E/OU PARA O ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que uma parte dos bens adquiridos não está sujeita ao pagamento do imposto, uma vez que não se destina ao uso e consumo. Refeito o levantamento fiscal. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restaram comprovadas inconsistências nos dados contidos no arquivo magnético que deu suporte ao levantamento quantitativo de estoques. Refeitos os cálculos dos itens “a” e “b”, o que implicou em redução do débito. Infrações elididas em parte. Mantida a Decisão recorrida. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUPLETIVA RELATIVO À FRETE E SEGURO NÃO INCLUSO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO. Não comprovado o pagamento do imposto correspondente. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Afastadas as alegações de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado em 30/05/2007 para cobrar ICMS, no valor de R\$ 3.155.132,12, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, bem como do ativo imobilizado - R\$59.096,68.
2. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003 - R\$973.064,34.
3. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo nos exercícios fechados de 2002 e 2003 - R\$1.144.995,29.
4. *“Falta de antecipação do ICMS referente a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, na condição de destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quando o contribuinte substituto tiver feita a retenção sem a inclusão na base de cálculo dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem estes valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal”* - R\$977.975,81 (2002 e 2003).

O autuado apresentou defesa (fls. 120 a 139) e, em relação à infração 1, alegou que a exigência do ICMS referente à diferença de alíquota não tinha amparo na Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96). Argumentou que as aquisições de bens usados destinados ao ativo permanente e de impressos gráficos não estavam sujeitas à exigência do ICMS.

Com relação às infrações 2 e 3, afirmou que os levantamentos quantitativos foram realizados com base em dados constantes em arquivos magnéticos que continham divergências. Juntou ao processo os documentos de fls. 332 a 339, para comprovar a regularidade dos seus procedimentos. Requereu a nulidade dessas infrações, com amparo do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Quanto à infração 4, disse que não podia ser responsabilizado pelo ICMS referente ao frete das mercadorias recebidas com retenção do ICMS, já que essa exigência não tinha amparo na LC 87/96 e nem no Protocolo ICMS 11/91. Salientou que, caso fosse legítima a exigência do ICMS sobre o frete, deveria ser afastada a penalidade aplicada em relação às operações interestaduais.

Na informação fiscal, quanto à infração 1, o autuante acolheu o argumento defensivo apenas no que tange aos impressos personalizados, tendo excluídos da autuação os valores correspondentes, o que reduziu o débito referente ao exercício de 2003 de R\$35.035,07 para R\$28.411,30.

No que tange às infrações 2 e 3, o autuante acatou os documentos fiscais apresentados na defesa, refez os levantamentos quantitativos de estoques, reduzindo os débitos referentes ao exercício de 2002 de R\$473.945,85 e R\$496.769,23 (R\$471.791,22 + R\$24.978,01) para, respectivamente, R\$247.239,49 e R\$279.879,62 (R\$267.770,50 + R\$12.109,12). Os valores referentes ao exercício de 2003 foram mantidos inalterados.

Quanto à infração 4, o autuante manteve a exigência fiscal em sua totalidade.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado, em relação à infração 1, reiterou os argumentos já expendidos na defesa.

No que tange às infrações 2 e 3, argumentou que os documentos que instruíram a defesa eram meramente exemplificativos. Aduziu que não lhe cabia “*demonstrar todas as falhas existentes no levantamento fiscal*”. Requereu a nulidade desses itens do lançamento, alegando que não havia elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, ao teor do art. 18 do RPAF/BA.

Relativamente à infração 4, reiterou que o valor cobrado não era devido e disse que, caso a cobrança fosse mantida, a multa deveria ser dispensada.

Na Decisão recorrida, as alegações de nulidade foram afastadas e, no mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte.

A infração 1 foi julgada procedente em parte, tendo sido excluídos da autuação os valores referentes a aquisições de talões de notas fiscais personalizados e a impressos gráficos promocionais, conforme reconheceu o próprio autuante.

Os levantamentos quantitativos de que tratam as infrações 2 e 3 foram retificados pelo autuante na informação fiscal, em razão das divergências existentes entre as notas fiscais apresentadas na defesa e os arquivos magnéticos empregados na auditoria. As referidas infrações foram julgadas procedentes em parte, nos valores de R\$746.357,98 (infração 2) e R\$928.105,68 (infração 3).

A infração 4 foi julgada procedente, uma vez que a acusação estava caracterizada, tendo o relator salientado que o pedido de dispensa da multa era de competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, ao teor do disposto no artigo 159 do RPAF/99.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo era superior ao limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a Primeira Instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JF nº 0032-04/08 merece ser reformado.

Quanto à infração 1, o recorrente explica que a instituição do ICMS pelas unidades federadas depende de prévia edição de lei complementar que regule os elementos fundamentais do imposto, nos termos do art. 146, I e III, “a”, combinado com o art. 155, § 2º, XII, ambos da Constituição Federal. Salienta que, como a LC 87/96 silenciou quanto à exigência do diferencial de alíquotas nos casos de aquisições de bens destinados ao ativo permanente ou ao uso e consumo, a exigência fiscal contida neste item do lançamento não pode prosperar. Acrescenta que esse silêncio da lei complementar expressa a intenção do legislador em tornar inexigível a cobrança do diferencial de alíquotas fora das hipóteses legalmente previstas. Para embasar sua alegação, o recorrente transcreve dispositivos da Constituição Federal e da LC 87/96.

Assegura que o confronto do Convênio ICMS 66/88 com a LC 87/96 torna claro que, na atualidade, a operação interestadual com bens destinados ao consumo de contribuintes do ICMS não configura fato gerador do diferencial de alíquotas. Aduz que, como a LC 87/96 passou a garantir o direito ao crédito nas entradas de bens destinados ao ativo permanente e ao uso e consumo, um eventual recolhimento do diferencial de alíquota ensejaria crédito de igual valor e, em consequência, não ocasionaria repercussão para o fisco. Reitera que a cobrança de diferencial de alíquota sobre bens destinados ao ativo permanente e ao uso e consumo é ilegal, pois viola a LC 87/96. O recorrente transcreve dispositivos do Convênio ICMS 66/88 e da LC 87/96, bem como cita doutrina e jurisprudência.

Ainda em relação à infração 1, o recorrente diz que adquiriu equipamentos de informática que integravam há mais de um ano o ativo permanente do estabelecimento vendedor. Assinala que a remessa desses bens ocorreu sem a incidência do ICMS, conforme a Nota Fiscal nº 19.438 (fl. 158). Frisa que se trata de uma hipótese de dispensa do recolhimento do diferencial de alíquotas, nos termos do art. 7º, III, “a”, do RICMS-BA. Sustenta que a expressão “operação de remessa”, utilizada pelo RICMS-BA, abrange qualquer negócio jurídico (operação) que importe deslocamento do bem (remessa), não podendo o interprete fazer restrições que a lei não o fez.

Frisa que o Estado da Bahia reconhece a não incidência do ICMS nas saídas de bens integrados ao ativo permanente (art. 6º, VIII, do RICMS-BA), de sorte que a exigência do diferencial de alíquotas sobre bens similares provenientes de outros Estados caracterizaria uma violação ao princípio constitucional da não-discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens ou mercadorias. Transcreve trecho de voto proferido na Resolução nº 1946/98, deste CONSEF.

Quanto às infrações 2 e 3, o recorrente inicialmente afirma que as falhas referentes às notas fiscais apresentadas na defesa foram retificadas, porém ainda remanescem equívocos quanto à aplicação de pauta fiscal e MVA, à exigência de ICMS na entrada de mercadorias provenientes de outros Estados e à utilização de pauta fiscal referente ao “último mês do levantamento”.

Sustenta que os levantamentos quantitativos são nulos, pois não contêm elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ao teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Diz que a verificação de arquivos magnéticos, sem o exame dos documentos correspondentes, não faz prova a favor do fisco e viola o devido processo legal. Frisa que, quando o contribuinte demonstra a ocorrência de erros e informa que existem outros semelhantes, a autoridade fazendária deve examinar toda a documentação que dá respaldo aos arquivos magnéticos. Transcreve jurisprudência, para embasar sua alegação.

Alega que a retificação do Auto de Infração não é possível, pois o vício que o macula é insanável. Diz que, ao teor do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99, a retificação só é possível quando se tratar de incorreções ou omissões meramente formais, desde que seja possível determinar a natureza da infração e o montante devido. Ressalta que no caso em tela houve um vício substancial, tanto que o montante do débito sofreu redução. Destaca que, se fosse possível retificar o Auto de Infração, o prazo de defesa deveria ter sido reaberto em trinta dias, conforme previsto no art. 123 do RPAF/99, e não em apenas dez dias, como foi feito. Conclui que as infrações 2 e 3 devem ser canceladas.

O recorrente afirma que não há lei que dê respaldo à exigência da antecipação tributária cobrada na infração 3. Diz que, nos termos do artigo 12 da LC 87/96, o fato gerador do ICMS acontece no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, sendo que as únicas exceções ocorrem nas hipóteses de importação, de entrada neste Estado de combustível e energia elétrica e de substituição tributária em relação às operações precedentes. Considera que não é cabível o disposto no artigo 6º da LC 87/96, pois no caso em tela não há um terceiro envolvido, o que afasta a hipótese de substituição tributária. Aduz que a exigência é ilegal, uma vez que viola as disposições contidas na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto à infração 4, o recorrente afirma que não pode ser responsabilizado pelo ICMS correspondente ao frete das mercadorias recebidas com retenção do imposto, pois tal exigência não possui respaldo legal. Enfatiza que a LC 87/96 e o Protocolo ICMS 11/91 autorizam apenas a inclusão, na parcela a ser recolhida pelo substituto tributário, do frete, seguro e outras despesas cobradas ou transferíveis ao destinatário das mercadorias. Sustenta que a responsabilidade supletiva diz respeito à possibilidade de o contribuinte substituído ser obrigado a recolher, em caráter subsidiário, eventual crédito tributário caso o responsável nada pague ou pague a menos que o devido. Diz que exigir do contribuinte substituído o pagamento do ICMS sobre o frete por ele contratado importa em *bis in idem*, contrariando o princípio da não-cumulatividade. Afirma que, caso se entenda legítima a exigência do recolhimento complementar, será forçoso o direito ao crédito fiscal correspondente, para que seja obedecido o princípio da não-cumulatividade.

O recorrente afirma que, caso fosse legítima a exigência de recolhimento do ICMS sobre o frete, a multa deveria ser afastada em relação às operações interestaduais, uma vez que o Protocolo ICMS 11/91 não autoriza a referida exigência. Diz que não pode ser punido, já que agiu de acordo com as disposições legais pertinentes, ao teor do art. 100, parágrafo único, do CTN, e não ao apelo da equidade como entendeu a Decisão recorrida.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja cancelado.

Ao exarar o Parecer de fls. 430 a 432, a ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se à infração 1, afirma que o diferencial de alíquotas está expressamente previsto na Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, encontrando suporte tanto na Lei Complementar, quanto na Constituição Federal. Diz que a cobrança referente aos equipamentos de informática destinados ao ativo permanente foi correta, pois a não incidência prevista no art. 7º, III, “a”, do RICMS-BA, é aplicável aos casos de remessas, porém o que está consignado na nota fiscal acostada à fl. 158 é uma operação de comercialização.

Quanto às infrações 2 e 3, afirma a procuradora que as alegações recursais, tanto de nulidade quanto de mérito, não merecem acolhimento, pois os levantamentos foram realizados a partir de informações prestadas pelo próprio autuado nos arquivos magnéticos entregues ao fisco. Diz que os erros ali demonstrados foram acatados, tendo sido refeitos os levantamentos e, caso ainda haja erros, deveria o recorrente demonstrá-los, pois é dele o ônus da prova. Aduz que a LC 87/96, no art. 6º, garantiu aos Estados a competência para atribuir a contribuintes do imposto a condição de substitutos tributária e, assim, definiu a condição de substituto tributário do recorrente.

No que tange à infração 4, a procuradora assinala que o serviço de transporte foi contratado pelo adquirente das mercadorias, razão pela qual não poderia o substituto incluir na sua base de cálculo valor que era por ele desconhecido. Frisa que, nos termos da legislação, cabe ao adquirente a complementação do ICMS-ST relativamente ao frete.

Ao finalizar o Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata a infração 1 da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo do estabelecimento.

O recorrente alega que a exigência fiscal não pode prosperar, pois não há lei complementar que respalde a cobrança do diferencial de alíquotas.

Não acolho essa tese defendida pelo recorrente e, para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o disposto no art. 155, II, § 2º, VII e VIII, da Constituição Federal:

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;

Conforme transcrito acima, a Constituição Federal prevê a hipótese da cobrança do ICMS referente à diferença de alíquotas. Com base na Constituição Federal, a Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 2º, inc. IV, instituiu a cobrança de ICMS sobre a entrada de mercadorias ou bens, decorrente de operação interestadual, quando essas mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Enquanto o Supremo Tribunal

Federal não declarar essa lei estadual inconstitucional, ela terá validade e deverá ser aplicada, conforme acertadamente fez o autuante.

A alegação de que a cobrança do diferencial de alíquota sobre bens destinados ao ativo imobilizado ensejaria crédito de igual valor não elide a infração, pois o crédito fiscal é apropriado de forma parcelada, ao passo que o diferencial de alíquota é recolhido de uma só vez.

Ao analisar o processo, constato que em relação ao exercício de 2002 há um erro material na decisão recorrida, pois, apesar de a 4ª JJF ter afastado todos os argumentos defensivos, não consignou que os valores devidos nesse referido exercício foram mantidos. Considerando que o disposto no § 3º do artigo 164 do RPAF/99 autoriza que os membros deste Conselho de Fazenda retifiquem a qualquer tempo os erros de nome, de número ou de cálculo e outras inexatidões, retifico o Acórdão JJF Nº 0032-04/08, para incluir na infração 1 os débitos de R\$3.541,47 (mês de novembro de 2002) e R\$20.520,14 (mês de dezembro de 2002).

Quanto à aquisição de equipamentos de informática consignada na Nota Fiscal nº 19.438 (fl. 158), assiste razão ao recorrente, pois a expressão “operação de remessa”, utilizada no art. 7º, III, “a”, do RICMS-BA, engloba tanto as transferências como as aquisições. Uma vez que os bens saíram do estabelecimento vendedor localizado no Estado de Minas Gerais sem a incidência do ICMS, não há, por força do disposto no art. 7º, III, “a”, do RICMS-BA, como se cobrar o ICMS correspondente ao diferencial de alíquota na operação em tela.

Dessa forma, modifico a Decisão recorrida relativamente à infração 1, para excluir, no mês de dezembro de 2002, o débito de R\$5.030,000, referente à Nota Fiscal nº 19.438. Assim, nesse referido mês o débito passa de R\$20.520,14 para R\$15.490,14, ao passo que a infração em tela subsiste em parte no valor de R\$47.442,92.

As infrações 2 e 3 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento de ICMS devido por responsabilidade solidária e do ICMS devido por antecipação tributária, em razão da constatação de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem registro na escrita fiscal, tendo sido as irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécies de mercadorias.

Afasto as alegações recursais de nulidade das infrações 2 e 3, pois os levantamentos acostados ao processo comprovam a ocorrência de operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, bebidas, refrigerantes e água mineral, sem o devido registro na escrita fiscal do recorrente. Esses levantamentos são provas suficientes da ocorrência da irregularidade, bem como servem para determinar o montante do valor devido.

O fato de os levantamentos terem sido realizados com base nos arquivos magnéticos não é razão para a nulidade dessas duas infrações, pois os citados arquivos retratam as operações, valores e quantidades consignadas nos documentos fiscais. As inconsistências que existiam e que ficaram comprovadas pelo recorrente foram devidamente corrigidas pelo autuante. Se ainda persistiam erros nos arquivos magnéticos e, em consequência, nos levantamentos quantitativos, deveria o recorrente indicar os equívocos e apresentar os dados corretos, pois, nos termos do art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Não acolho a alegação recursal de que os equívocos existentes nos levantamentos não eram passíveis de correção, pois esses equívocos foram ocasionados por divergências existentes nos arquivos magnéticos apresentados pelo próprio recorrente. Não se pode admitir que o contribuinte não cumpra sua obrigação tributária acessória na forma prevista na legislação e ainda venha a se beneficiar desse seu procedimento irregular.

O fato de o valor originalmente cobrado ter sido reduzido após as correções efetuadas nos levantamentos quantitativos não é razão para a nulidade da ação fiscal. O prazo de dez dias, concedido para que o recorrente se pronunciasse sobre as retificações, é o previsto no art. 18, § 1º,

do RPAF/99, para a situação em tela, não havendo, assim, como proceder às alegações recursais pertinentes a escassez de prazo ou de cerceamento de defesa.

No que tange à aplicação, não concomitante, de pauta fiscal e de MVA na apuração da base de cálculo do imposto devido, foi correto o procedimento do autuante, haja vista que nos levantamentos quantitativos foram incluídas mercadorias cujos preços eram fixados por meio de pauta fiscal, bem como mercadorias com preços fixados em base na aplicação da MVA cabível. A apuração do preço unitário médio com base na pauta fiscal referente ao último mês do levantamento está respaldada no artigo 60, inciso II, alínea “b”, item “1”, do RICMS-BA, o qual prevê que na hipótese de omissão de entrada de mercadoria a base de cálculo do ICMS devido corresponderá ao preço praticado no último mês do período considerado.

O recorrente alega que não há lei que ampare a cobrança da antecipação tributária feita na infração 3. Nessa questão, alinhando-me ao posicionamento defendido pela ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que não há como prosperar a alegação recursal, pois o disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, autoriza que os Estados e o Distrito Federal atribuam a contribuintes do imposto a responsabilidade pelo seu pagamento, “*hipótese que assumirá a condição de substituto tributário*”. Por seu turno, o § 1º desse citado artigo e lei prevê que “*a responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes*”.

Uma vez que os levantamentos quantitativos de que tratam as infrações 2 e 3 apuraram a ocorrência de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacompanhadas da devida documentação fiscal, nos termos do art. 10, I, “a”, e “b”, da Portaria nº 445/98, deve ser cobrado o imposto devido por responsabilidade solidária, bem como o ICMS devido por antecipação tributária apurado em função da margem de valor agregado, deduzida a parcela a título de crédito fiscal.

Na infração 4, o recorrente foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS devido por antecipação tributária, em virtude da falta de inclusão na base de cálculo do ICMS retido de valores referentes a frete e seguro, por não serem estes valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal.

Transcrevo a seguir o disposto no *caput* e no § 6º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96, dispositivo que embasou a exigência contida na infração 4.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 6º Quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas.

Tendo em vista que restou comprovada a falta de inclusão do valor do frete na base de cálculo do ICMS retido pelo remetente das mercadorias enquadradas no regime de substituição, foi correto o procedimento do autuante e, em consequência, da Decisão recorrida, já que se trata da aplicação de expressa determinação legal.

Não há na infração em tela o alegado *bis in idem*, o imposto que está sendo cobrado do recorrente não foi cobrado anteriormente e nem em duplicidade.

Não há como atender à solicitação recursal para que seja a multa indicada na infração 4 dispensada, pois a dispensa da multa por descumprimento de obrigação principal é da competência da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do disposto no art. 159 do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 procedente em parte no valor de R\$47.442,92, mantendo inalteradas as demais decisões da Primeira Instância.

São objetos do Recurso de Ofício as infrações 1, 2 e 3, as quais foram julgadas em Primeira Instância procedentes em parte.

Quanto à infração 1, a parte sucumbente da fazenda pública estadual foi decorrente da exclusão da exigência fiscal das operações atinentes a impressos gráficos e a talões de notas fiscais personalizados, o que reduziu o valor cobrado relativamente ao exercício de 2003 de R\$ 35.035,07 para R\$28.411,31, conforme o demonstrativo à fl. 395.

Não há correção a fazer nessa Decisão de primeira instância, uma vez que as operações com impressos e talonários personalizados, confeccionados sob encomenda, não estão sujeitos à incidência do ICMS, nos termos do artigo 6º, XIV, “d”, “2”, do RICMS-BA, estando tais operações no campo de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Nas infrações 2 e 3, a parte sucumbente da fazenda pública estadual decorre de retificações realizadas em função de divergências entre os dados consignados nas notas fiscais e os constantes nos arquivos magnéticos entregues ao fisco pelo recorrente.

Os levantamentos quantitativos de que cuidam as infrações em tela foram realizados com o emprego de arquivos magnéticos apresentados ao fisco pelo recorrente. Conforme já foi dito no Recurso Voluntário, os arquivos magnéticos devem, em princípio, retratar fielmente as operações, valores e quantidades constantes nos documentos fiscais. Todavia, eventualmente pode ocorrer divergência entre os dados consignados nas notas fiscais e os constantes nos arquivos magnéticos. Na defesa, o recorrente alegou a existência de divergências e apresentou as correspondentes notas fiscais. Na informação fiscal, o autuante reconheceu a existência de divergências e efetuou as correções, reduzindo os valores cobrados nessas infrações.

Tendo em vista que foi o próprio autuante – pessoa que teve acesso aos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos do recorrente – quem reconheceu a existência de divergências entre as notas fiscais e os arquivos magnéticos e efetuou as correções pertinentes, considero que a primeira instância decidiu corretamente ao acatar as retificações efetuadas pelo autuante.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281082.0007/07-1, lavrado contra **FRATELLI VITA BEBIDAS S.A. (CDD/FRATELLI – SALVADOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.699.882,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.953.524,41 e 70% sobre R\$746.357,98, previstas no art. 42, II, “f”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO CASALLI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS