

A. I. N° - 233099.1004/07-0
AUTUADO - MG MASTER LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VINÍCIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04.03.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO LANÇADO A MENOS. Nas operações de transferências interestaduais, a alíquota de ICMS de 12% deve ser aplicada nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, a contribuinte do imposto, consoante art. 51, II do RICMS/97. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, a escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência, relativa ao imposto não antecipado, em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/09/2007, exige débito totalizando o valor histórico de R\$ 222.629,33, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS de R\$ 54.032,27 e multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. ICMS de R\$ 34.794,19 e multa de 60%.
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de

Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa de 60% no valor de R\$ 133.802,87.

O autuado ingressa com defesa, fls. 313 a 344, com as seguintes alegações:

Inicialmente ressalta a tempestividade da peça defensiva, discorrendo sobre as infrações sob o entendimento de que o lançamento não deve subsistir, em sua totalidade, arguindo as preliminares de violação ao princípio da ampla defesa, de ausência de requisitos legais, e da decadência, que culminam, por si só, na necessidade de anulação do feito fiscal.

Diz que a falta de informações essenciais dificulta a elaboração de uma malha de argumentação mais sólida, capaz de demonstrar a improcedência do lançamento. Ademais, o auto de infração não contém o preciso enquadramento legal do suposto ilícito tributário, onde é citada uma lista de dispositivos legais, muitos sem correlação direta com o caso, o que dificulta a compreensão da matéria autuada.

Reclama que a forma como foi calculado o crédito tributário não ficou bem definido no auto de infração, o que impossibilitou refazer os cálculos apresentados pelo fisco, a fim de verificar se há alguma irregularidade, ao tempo em que lembra o art. 142 do CTN sobre a constituição do crédito tributário.

Aduz que a demonstração do cálculo dos acréscimos moratórios é especialmente precária no auto de infração, e não há um demonstrativo específico sobre sua apuração, ou seja, quais índices efetivamente foram aplicados. Do mesmo modo, também foi problemática a forma com que a autoridade fiscal aplicou a penalidade que entendeu cabível.

Lembra a norma legal contida no art. 18 do RPAF/99 e transcreve ementa de julgado do Colendo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro.

Entende que ocorreu o fenômeno da decadência dos créditos tributários cujo fato gerador tenha ocorrido antes de 24 de setembro de 2002, devendo ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN, conforme jurisprudência que colaciona aos autos.

No mérito, aponta na infração 01 que não houve aplicação equivocada de alíquotas, mas erro no preenchimento errôneo do campo destinado ao Código CFOP. Na verdade ocorreram erros meramente formais no preenchimento dos documentos fiscais, sendo inserido o Código CFOP 6.991, nas notas fiscais glosadas, enquanto em tais documentos deveria ter constado o Código 6.209. Através da leitura dos documentos fiscais em questão, é possível verificar que são referentes a operações de devolução de mercadorias para estabelecimento da mesma empresa (MG Máster) sediados em outra unidade da federação, Minas Gerais. No campo destinado à natureza consta “retorno de merc. transferidas” e no campo referente ao destinatário está claro que as mercadorias foram remetidas para o estabelecimento matriz da autuada, conforme se depreende da inscrição “MG MASTER LTDA. MATRIZ”. Em momento algum pode-se depreender que se tratam de “remessas para exposições e feiras”. Dessa forma, tomando-se como premissa o fato de que as operações efetivamente se trataram de devolução de mercadorias para estabelecimento do autuado em Minas Gerais, não deve ser aplicada a alíquota de 17%, mas a mesma aplicada na entrada dessas mercadorias, ou seja, 7%, conforme art. 651 parágrafo único do RICMS/97.

Na infração 02 aponta que a multa foi incorretamente aplicada, quando deveria ter sido considerado o art. 42, inciso VII, “a”, da Lei 7.014/96, ao tempo em que requer a nulidade da infração, por infringência ao princípio da tipicidade tributária.

Informa com relação à infração 03, que ingressou com Denúncia Espontânea, em 15 de dezembro de 2003, antes de qualquer procedimento fiscal, devendo ser excluídas as multas decorrente da inequívoca aplicação do art. 138 do CTN.

Pede a realização de diligência, caso os documentos anexados para caracterizar a denúncia espontânea não sejam considerados suficientes, a fim de demonstrar que as operações sujeitas à

substituição tributária que culminaram na multa aplicada foram englobadas na denúncia espontânea, consequentemente no parcelamento tributário a ela relacionado. Outrossim, as multas decorrentes da infração 03 devem ser excluídas, em razão da aplicação do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96.

Alega a inconstitucionalidade da multa aplicada, por ter natureza confiscatória e desproporcional, bem como a inobservância da capacidade contributiva da impugnante, trazendo o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

A final requer a procedência da presente defesa, e que seja acionado o permissivo legal do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, de forma a cancelar as penalidades aplicadas, em especial a constante da infração 03, com a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, principalmente a realização de diligência fiscal.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 355 a 356, ratifica integralmente o auto de infração e, inicialmente, ressalta que o contribuinte não apresentou nenhum documento ou demonstrativo/planilhas que demonstrem resultados contrários ao lançamento efetuado.

Argumenta que o exercício de 2002 está disponível para a fiscalização até 31/12/2007 e que o auto de infração foi lavrado em 22/09/2007. Não procede a alegação de que as notas fiscais de saídas foram preenchidas erroneamente, quanto ao CFOP, haja vista que a quantidade de notas fiscais é bastante volumosa, como pode ser constatado nos demonstrativos anexos ao auto, e em se tratando de saídas interestaduais, a alíquota correta é de 12%, e não 7% e está sendo cobrada a diferença de 5%, e não 10%, como, erradamente, o contribuinte alega em sua defesa. Ressalta que na infração 02 até este momento não foi apresentado o competente documento fiscal.

Com relação à infração 03, a Denúncia Espontânea mencionada na defesa refere-se ao saldo de estoque de calçados existente em 28/02/2003.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Rejeito o pedido formulado pelo autuado de revisão fiscal por estranho ao feito, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção, nos termos do art. 147 do RPAF/BA.

Não acolho o pedido de nulidade apresentado pelo defendente, haja vista que não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para decretar a nulidade da autuação. Outrossim, constato que os princípios do contraditório e da ampla defesa, foram respeitados pela Administração Fiscal, haja vista que as partes tiveram acesso ao processo, sendo cientificados de todas as suas ocorrências, o que possibilitou a oportunidade de o contribuinte prestar esclarecimentos, oferecer documentos, acompanhar a prática de atos de instrução, além de ter havido notificação válida ao autuado, em todo o procedimento fiscal. Ademais, o documento de fl. 309, acusa o recebimento de cópias dos demonstrativos pelo autuado, estando todas as infrações amparadas com os mesmos, que foram elaborados pela fiscalização.

Quanto à arguição da inadequação da multa aplicada, será apreciada por ocasião da análise do mérito da infração.

O autuado, em sua peça de defesa, suscitou a decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 24 de setembro de 2002.

Ocorre que, embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à

Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las, mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período relativo ao exercício de 2002 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/07. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/09/2007, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

As multas aplicadas estão tipificadas na Lei 7.014/96, estando sujeitas à redução conforme data de pagamento do Auto de Infração, conforme mencionado no Anexo do Demonstrativo de Débito, fl. 05 do Auto de Infração, estando os débitos tributários, se reclamados através de auto de infração, sujeitos aos acréscimos moratórios, em conformidade com o previsto nos artigos 138, II, e 139 do RICMS/97.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos de ICMS devido a erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para o Estado de Minas Gerais, no exercício de 2002, período de janeiro a dezembro.

Trata-se de transferências interestaduais debitadas com alíquota a menor, e a infração encontra-se demonstrada nas planilhas de fls. 3 a 42, nas quais há a discriminação das notas fiscais, base de cálculo, ICMS, alíquota aplicada (7%), alíquota correta (12%), cálculo do ICMS e a diferença de ICMS que está sendo exigida, da ordem de 5%.

As cópias do livro Registro de Entradas e do livro Registro de Saídas, foram juntadas aos autos, às fls. 45 a 156.

O contribuinte nega o cometimento da infração, sob a alegação de que ocorrera, meramente, erros formais no preenchimento dos documentos fiscais, em questão, sendo inserido o CFOP nº 6.991, nas notas fiscais glosadas, quando deveria ter constado o código nº 6.209, este relativo à devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização. Classificam-se neste código as devoluções de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas. Aquele outro, relativo à outras saídas – remessas para exposições e feiras.

A alíquota de ICMS de 12% deve ser aplicada nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, a contribuinte do imposto, consoante art. 51, II do RICMS/97.

Não acato a alegação do contribuinte de que as operações de transferência decorreram do fato de ter devolvido mercadorias que entraram no seu estabelecimento. Não há a comprovação de que cumpriu com a legislação, no tocante ao art. 651 do RICMS/97, no qual está estabelecido a obrigação do emitente da nota fiscal, de destacar o imposto, mencionando no documento o motivo da devolução, o número, a série, e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.

Outrossim, o contribuinte apenas juntou aos autos, fls. 347 a 349, cópias das notas fiscais nºs 1252, 1202 e 1204. Analisando-as, e em confronto com o demonstrativo juntado pelo autuante, verifico que a primeira, NF 1252, não foi objeto da autuação. Quanto às notas fiscais 1202 e 1204, consta na natureza da operação “retorno de mercadorias transferidas”, sem indicação dos motivos do

retorno; logo nem mesmo se trata de devolução, como alegou o contribuinte na sua defesa. Portanto, as provas carreadas aos autos são insuficientes para elidir a acusação.

Infração mantida.

A infração 02 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência da falta de apresentação do competente documento fiscal, comprobatório do direito ao referido crédito.

Consta no livro Registro de Apuração de ICMS cuja cópia encontra-se à fl. 43, o registro do valor de R\$ 34.794,20 sob a descrição de “transferência de saldo credor conf. NF 2116 de 05/07/2002”, mas não foi apresentado à fiscalização o documento fiscal que ampare tal lançamento.

O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação (art. 91, RICMS/97).

Portanto há necessidade da comprovação do direito ao crédito ora impugnado, mediante documentação regular, o que não ocorreu.

Outrossim, o contribuinte argumenta o fato de a multa aplicada, pela fiscalização, encontrar-se equivocada, art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, quando deveria ter sido considerado o art. 42, inciso VII, alínea “a” do mesmo diploma legal, ambas com o percentual de 60%, e pede a nulidade da infração por este motivo.

Consoante o art. 39, § 3º do RPAF/99, o débito constante no auto de infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos legais.

Portanto, o equívoco na indicação do dispositivo da multa aplicada não invalida a autuação, sendo da competência do CONSEF a correção do enquadramento da penalidade indicada no Auto de Infração.

Na presente situação, a penalidade é de 60%, e encontra-se indicada no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, ficando retificada na Resolução do presente Acórdão.

Infração mantida, haja vista que não há comprovação da legitimidade do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte.

Na infração 03, foi aplicada a multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Os demonstrativos de fls. 157 a 307 discriminam as mercadorias (calçados), recebidos de Minas Gerais, por documento fiscal, apurando o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação, mensalmente, e sobre estes valores aplicou-se a multa percentual de 60%, conforme o previsto no art. 42, inciso II, “d”, e § 1º da Lei 7.014/96, abrangendo os meses de março a agosto de 2003.

O sujeito passivo, em sua peça de defesa menciona que esta cobrança seria indevida, pois formulara Denúncia Espontânea, mas não acolho este argumento, pois esta denúncia refere-se, apenas, ao saldo de estoque de calçados, existente em 28/02/2003, por ocasião do ingresso dessas mercadorias no regime de substituição tributária, *ex vi* do documento de fls. 351 e 352, Processo 549320/2003-5, com ocorrência em 28/02/2003, enquanto que os fatos geradores desta infração referem-se ao período de março a agosto de 2003, conforme já mencionado.

Infração mantida.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233099.1004/07-0**, lavrado contra **MG MASTER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 88.826,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 133.802,87**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR