

PROCESSO - A. I. N° 206902.0019/05-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J.R.A. SUPERMERCADOS LTDA.
(SUPERMERCADO E ATACADO SÃO JORGE)
RECORRIDOS - J.R.A. SUPERMERCADOS LTDA. (SUPERMERCADO E ATACADO SÃO JORGE) e
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0040-04/06
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 13/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0044-12/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE 17%. Infração caracterizada. **b)** ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE 27%. Refeitos os cálculos em face dos equívocos da autuação. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Aquisição de bens para uso/consumo com notas fiscais emitidas por contribuinte com inscrição cancelada. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário em razão da Decisão proferida, através do Acórdão da 4ª JJF n° 0040-04/06, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado, com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2005, exige ICMS e aplica multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$206.406,96, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição, no montante de R\$20.443,53, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 69 e 88. Imposto calculado com alíquota de 17%.
- 2- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição, no montante de R\$9.667,16, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 69 e 88. Imposto calculado com alíquota de 27%.
- 3- Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$176.296,27, referente a compras de bens para uso/consumo, mercadorias isentas, produtos com imposto retido na fonte e notas fiscais emitidas por contribuinte com inscrição cancelada. Além disso, deixou de debitar-se no Registro de Apuração pelas diferenças de alíquota decorrente das compras interestaduais de bens de uso e consumo, bem como não estornou o crédito fiscal das notas fiscais de aquisições de materiais de embalagens, proporcionalmente às saídas tributadas do período.

O autuado apresentou sua defesa, às folhas 121 a 125, declarando que os débitos apontados no demonstrativo, referentes às ocorrências de nºs 1, 2, 8 e 9, relativamente ao ano de 2003, já foram

devidamente reconhecidas pela empresa, inclusive com a emissão de DAE, quitando as cobranças daquele exercício.

Impugnando os lançamentos tributários referentes ao exercício de 2004, nas infrações 1, 2 e 3, apresentando um demonstrativo detalhado no qual reconhece um débito para com a receita no valor de R\$80.958,41.

O autuante na sua informação fiscal reconheceu em parte as alegações do Autuado e refez seu demonstrativo reduzindo o valor da Infração 2 em R\$141,00 e na infração 3 para R\$84.020,98, mais acréscimos tributários e multa de 60%, sobre o valor do imposto, solicitando inclusive que o CONSEF julgue o presente Auto de Infração Procedente em Parte.

Em **19/12/2005** o recorrente solicitou parcelamento do débito nº 1170205-2 (doc. de fls. 620 a 623) no qual se verifica que o referido parcelamento foi feito em 24 parcelas, porém o mesmo não se efetivou, pois a conta bancária informada não foi confirmada, tendo sido então, indeferido o parcelamento em **24/01/2006**.

Em **16/02/2006** na sessão de julgamento da 4ª JJF, o presente Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte tendo o relator do processo proferido o seguinte voto:

"O Auto de Infração em lide imputa ao autuado três irregularidades, sendo as duas primeiras relacionadas com antecipação tributária e a última com a utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto à infração 01, o autuado apresenta em sua peça defensiva cópias de DAEs e GNREs, onde constam o recolhimento do tributo referente ao exercício de 2003, contudo, tais pagamentos já foram considerados nos demonstrativos apresentados pelo autuante, às fls. 50 e 57 do PAF.

Em relação à infração 02, após verificação, entendeu como corretos os valores apresentados pelo autuante à pág. 546, retificando o item 16 do demonstrativo de débito, cujo valor do ICMS reclamado é de R\$ 141,00.

Na infração 03, o impugnante reconheceu a utilização indevida de crédito fiscal, no entanto, discorda das colunas "diferenças de alíquotas" e "antecipação parcial" do demonstrativo de débito (fl. 08), uma vez que elimina os créditos a que faz jus a empresa pelo pagamento da antecipação parcial.

O autuante reconheceu o erro cometido e na informação fiscal, retifica os valores e elabora novo demonstrativo de débito, anexo à pág. 555, no qual apura um valor de ICMS reclamado de R\$ 84.020,98.

Ao analisar os documentos contidos nos autos, constatei que nas infrações 01 e 02, o autuante considerou os créditos recolhidos pela empresa. Quanto à infração 03, os valores foram retificados, acatando em parte os argumentos defensivos, restando um débito de ICMS nos seguintes valores:

DATA OCORRÊNCIA	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA %	ICMS DEVIDO (R\$)
31/03/2004		17	60	0,00
30/04/2004	54.168,41	17	60	9.208,63
31/05/2004	94.361,65	17	60	16.041,48
30/06/2004	80.667,00	17	60	13.713,39
31/07/2004	89.680,94	17	60	15.245,76
31/08/2004	68.273,76	17	60	11.606,54
30/09/2004	14.061,71	17	60	2.390,49
31/10/2004	68.740,12	17	60	11.685,82
30/11/2004	739,12	17	60	125,65
31/12/2004	23.548,35	17	60	4.003,22
TOTAL				84.020,98

Ao final, foi apurado um valor de débito de ICMS de R\$ 113.949,24, no qual entendo como devido.

Diante do exposto, o relator da 4ª JJF votou pela Procedência em Parte do Auto de Infração nos seguintes valores:

INFRAÇÃO	VALOR (R\$)
01	20.443,53
02	9.484,73
03	84.020,98
TOTAL	113.949,24

Em **27/03/2006** o contribuinte foi intimado através de AR da Decisão da 4ª JJF conforme doc de fls. 593, porém em **05/04/2006** a PGE/PROCURADORIA DO INTERIOR – ALAGOINHAS, acusou o recebimento de uma AÇÃO CAUTELAR intentada por JRA Supermercados Ltda., da comarca de

Paulo Afonso e solicita a remessa do processo administrativo fiscal – Auto de Infração nº 2069020019/05-8, para elaboração da sua contestação.

Em **26/04/2006** o contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário (doc de fls. 598 a 604), alegando a preliminar de Nulidade da citação do Auto de Infração, já que tomou conhecimento através do seu Contador que teria sofrido autuação, culminando em penalidade pecuniária, tendo ainda o Contador da Autora, comunicado que fora exigido o parcelamento de parte do débito aferido pelo Fisco.

Em momento algum e de forma alguma foram notificados os representantes legais da empresa, quanto à autuação acima descrita, ferindo de morte princípios constitucionais consagrados pelo nosso ordenamento jurídico vigente.

Não poderá outra pessoa, que não o Representante Legal da pessoa jurídica, receber citação para defendê-la. Acaso citada, por equívoco ou por má-fé da parte contrária, resta ao julgador declarar tal citação nula de ofício, já que a nulidade desse ato processual é matéria de ordem pública.

Alegando o amplo direito de defesa que tem que ser assegurado ao acusado, seja no plano judicial, seja na esfera administrativa. Cita grandes tributaristas como Ives Gandra da Silva Martins, Geraldo Ataliba e outros.

O contribuinte não adentrou ao mérito do lançamento tributário na aludida Ação Cautelar interposta, limitando-se a argüir a ofensa aos princípios constitucionais de ampla defesa, capacidade contributiva, razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. O objetivo na propositura da cautelar é assegurar o processamento da defesa administrativa independente do parcelamento do crédito tributário e como tal, fora deferida a liminar pela autoridade judiciária, às fls. 614 a 617 dos autos.

Concluindo pede:

1. A NULIDADE do Auto de Infração, pela Preliminar levantada, e, no mérito pugna pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA do procedimento administrativo adotado pelo fisco, em face das vastas razões de direito acima aduzidas.
2. E protesta por todos os meios de provas admitidos, especialmente pela perícia e juntada posterior de documentos.
3. Por fim, que sejam estendidos todos os benefícios legais até o julgamento final da presente.

Em **27/04/2006** foi protocolada pela PROFIS – REGIONAL DE ALAGOINHAS a contestação, contra a Ação Cautelar proposta pelo recorrente (doc de fls. 607 a 611).

Em **20/01/2009** a PGE/PROFIS emite seu Parecer opinativo, declarando que da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considerou ausentes argumentos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido.

Inicialmente, observamos que a argüição de nulidade da citação constante da súplica recursal não deve ser acolhida, posto que, não há vício no ato de citação formalizado na figura do contador, representante legal da empresa autuado, perante o fisco. Com efeito, o ato de citação na figura do contador não gera qualquer prejuízo ao sujeito passivo que demonstrou, na hipótese em tela, de forma inequívoca ter ciência dos fatos geradores do lançamento. A prova cabal é que o sujeito passivo apresentou tempestividade todas as peças defensivas previstas em Lei, demonstrando pleno conhecimento dos termos da acusação fiscal.

Os princípios constitucionais da ampla defesa, da legalidade, do contraditório e do devido processo legal foram rigorosamente observados conforme se depreende da breve análise dos autos, dos atos de intimação do autuado e das peças defensivas apresentadas pelo contribuinte.

Analisando os autos, verifica-se à saciedade que, tanto a imputação fiscal está absolutamente tipificada e alicerçada na Legislação Tributária Estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art.39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99. A multa aplicada no

percentual de 60% está em plena harmonia com os termos preconizados no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso, VII alínea “a”, da Lei nº 7014/96.

Logo os elementos essenciais à perfeição de qualquer lançamento tributário estão devidamente caracterizados na hipótese em tela, ou seja, não há dúvidas quanto aos aspectos pessoal, temporal, espacial e quantificador.

Devendo ser observado que a argüição de inconstitucionalidade, constante da súplica recursal deve ser rechaçada, posto que, falece competência a este Egrégio órgão colegiado a declaração de inconstitucionalidade, em consonância com os termos do art. 167, inciso I, do RPAF.

Opina pelo Improvimento do presente Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente apresentou seu Recurso Voluntário (doc de fls. 598 a 604), alegando a preliminar de nulidade da citação do Auto de Infração, já que tomou conhecimento através do seu Contador que teria sofrido autuação, culminando em penalidade pecuniária, tendo ainda o Contador da Autora, comunicado que fora exigido o parcelamento de parte do débito aferido pelo Fisco. Em momento algum e de forma alguma foram notificados os representantes legais da empresa, não poderá outra pessoa, que não o Representante Legal da pessoa jurídica, receber intimação para defendê-la.

Alegando o amplo direito de defesa que tem que ser assegurado ao acusado, seja no plano judicial, seja na esfera administrativa. Concluindo pede: 1 - a NULIDADE do Auto de Infração, pela Preliminar levantada, e, no mérito pugna pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA do procedimento administrativo adotado pelo fisco, em face das vastas razões de direito acima aduzidas; 2 - e protesta por todos os meios de provas admitidos, especialmente pela perícia e juntada posterior de documentos; 3 – por fim, que sejam estendidos todos os benefícios legais até o julgamento final da presente.

Não acolho a argüição de nulidade da intimação constante da súplica recursal, posto que, não há vício no ato de intimação formalizado na figura do contador, representante legal da empresa autuada, perante o fisco. Com efeito, o ato de intimar a figura do contador não gera qualquer prejuízo ao sujeito passivo que demonstrou, na hipótese em tela, de forma inequívoca ter ciência dos fatos geradores do lançamento, demonstrando pleno conhecimento dos termos da acusação fiscal.

Estão ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, pois foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa, a capacidade contributiva, a razoabilidade, a proporcionalidade, do não confisco, da legalidade, do contraditório e do devido processo legal, rigorosamente analisados nos autos, e nos atos de intimação do autuado e das peças defensivas apresentadas pelo contribuinte.

Estando corretamente tipificada nos autos, a imputação fiscal, e alicerçada na Legislação Tributária Estadual, o lançamento atende todos os requisitos descritos no art.39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99. A multa aplicada no percentual de 60% está em plena harmonia com os termos preconizados no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso, VII alínea “a” da Lei nº 7014/96.

Logo, os elementos essenciais à perfeição de qualquer lançamento tributário estão devidamente caracterizados na hipótese em tela, ou seja, não há dúvidas quanto aos aspectos pessoal, temporal, espacial e quantificador.

Rejeito a argüição de inconstitucionalidade constante da súplica recursal, posto que, falece competência a este Egrégio órgão colegiado a declaração de inconstitucionalidade, em consonância com os termos do art. 167, inciso I, do RPAF.

Diante do exposto NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo, na íntegra, a Decisão de 1^a Instância, proferida pela 4^a JF.

Quanto ao Recurso de Ofício, com referência à infração 2, após verificação feita pelo próprio autuante, que entendeu como corretos os valores apresentados pelo autuante à pág. 546, retificando o item 16 do demonstrativo de débito, cujo valor do ICMS reclamado foi reduzido em R\$141,00 e, com referência à infração nº 3, o próprio autuante reconhece o erro cometido nos levantamentos efetuados, e na informação fiscal, retifica os valores e elabora novo demonstrativo de débito, anexo à pág. 555, no qual apura um valor de ICMS reclamado de R\$84.020,98.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício e mantenho a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração na íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração nº 206902.0019/05-8, lavrado contra J.R.A. SUPERMERCADOS LTDA. (SUPERMERCADO E ATACADO SÃO JORGE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$113.949,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

EDUARDO CEZAR GONÇALVES BRAGA - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS