

A. I. N° - 149269.0004/08-0

AUTUADO - PÉ GIGANTE COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.

AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA

ORIGEM - INFAC ATACADO

INTERNET - 19/05/2009

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0107-03/09

**EMENTA:** 1. **ICMS.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração elidida em parte. 2. **DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO. Imputação caracterizada. Indeferidos os pedidos genéricos de perícia e de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2008 e exige ICMS no valor de R\$1.440.325,17, acrescido da multa de 60%, em decorrência de duas infrações:

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Período de janeiro/2006 a dezembro/2007. Demonstrativo às fls. 19 a 42, e 50 a 69. Notas Fiscais às fls. 70 a 680. ICMS no valor de R\$1.410.015,17. Constam, às fls. 43 a 48, cópia de livro Registro de Entradas do contribuinte, e à fl. 49 Relação de Notas Fiscais oriundas de arquivo magnético SINTEGRA.

Infração 02. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que se refere às Notas Fiscais n°s 137478, 161810, 161811, 186119, 186120, 196946 e 196947, da Mercedes Benz, e Nota Fiscal n° 29784, da Facchini. Meses de agosto e outubro/2006 e de março, setembro e dezembro/2007. Demonstrativo à fl. 10. Notas Fiscais às fls. 11 a 17. ICMS no valor de R\$30.310,00.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento fiscal às fls. 683 a 699, inicialmente relatando os termos das imputações e, em seguida, aduzindo que pugna pela declaração de sua nulidade. Fala sobre o direito ao exercício da ampla defesa, e ao requerimento de perícias e de diligências. Tece comentários ao princípio da verdade material, e cita os autores Alberto Xavier, José Souto Maior Borges e Bonilha. Passa a falar sobre o princípio da tipicidade cerrada e cita o artigo 97 do Código Tributário Nacional - CTN e Antônio Carrazza. Alude ao princípio da inquisitoriedade, cita Ives Gandra da Silva Martins e o artigo 142 do CTN.

Repete que as imputações seriam nulas, e passa a pronunciar-se sobre a infração 01, expondo que não teria ocorrido a ilicitude apontada. Diz que teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 1492690038/06-5, referente ao período de Janeiro de 2005 a Junho de 2006, e o Auto de Infração nº.

149269.0004/08-0, referente ao período de Janeiro de 2006 a Dezembro de 2007, e que várias notas fiscais do presente lançamento de ofício já haviam sido lançadas na fiscalização anterior, em 2006, gerando duplicidade de lançamento. Que na presente ação fiscal teriam sido indicadas notas fiscais que a autuada desconhece em razão de não ter adquirido e recebido mercadorias. Que a relação de notas fiscais a serem excluídas se encontra em anexo à sua impugnação e que, referentemente a estes documentos fiscais, ratifica que não fez nenhuma aquisição de mercadorias, e não as recebeu em seu estabelecimento. Diz que “a presunção admitida pela autuante quanto a (aquisição de mercadorias pela autuada) não goza de certeza jurídica. Sendo essencial, para a comprovação da infração, a demonstração da tradição das mercadorias (entrega da mercadoria ao sujeito passivo).”

Aduz ser importante saber se o fato gerador ocorreu ou não, e quais os seus reais efeitos na seara da tributação. Que cabe à SEFAZ/BA a tarefa de investigar e de buscar provas. Que não é papel de “o contribuinte fiscalizar, buscar provas negativas a fim de desqualificar a afirmativa do autuante. É de responsabilidade do Fisco a comprovação negativa da infração.” Cita o artigo 5º, incisos I e II, da Constituição da República. Fala que a fundamentação aduzida pela autuante, assim como os dispositivos que embasam a notificação, não possibilitariam a compreensão da punição pretendida, porque não teria havido materialidade para justificar o débito lançado na infração apontada.

Diz que, no mérito, conforme prevê o artigo 59 do Decreto Federal nº 70.235/72, bem como o artigo 18, inciso IV, do RPAF/99, restando provado que houve erro no lançamento original, constatado através dos cálculos apresentados no Auto de Infração, este seria nulo, inclusive nos termos do artigo 140 c/c artigo 142, do RPAF/99, que copia. Transcreve o artigo 112 do Código Tributário Nacional - CTN.

Pede que os julgadores atentem para a existência da disposição contida no artigo 155, parágrafo único, do RPAF/99, que determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Passa a pronunciar-se acerca da Infração 02 aduzindo que não teria ocorrido prejuízo para a arrecadação estadual, e pedindo a anulação da infração 02, e de todo o Auto de Infração, e ainda que, se assim esta Junta Fiscal não entender, requer a redução da penalidade aplicada. Diz que, não obstante o fato de ele, autuado, desconhecer a que mercadorias estaria a autuante se referindo, o Fisco precisaria provar que se trataram, realmente, de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, para, então, poder exigir ICMS a título de diferença de alíquotas. Afirma não ser do seu conhecimento que esta prova tenha sido feita. Que supondo, só para argumentar, que tivessem havido tais operações de entradas, então seria necessário que o Fisco concedesse ao contribuinte os créditos destacados nas notas fiscais vinculadas aos respectivos bens do ativo. Diz ser essencial que seja refeito o demonstrativo de débito original, a fim de que sejam concedidos os créditos fiscais ao contribuinte, na hipótese de esta infração ser convalidada por esta JJF. Pede que seja realizada uma diligência por fiscal estranho ao feito. Aduz ser improcedente a infração 02, e pleiteia a sua anulação pelas razões abordadas. Pronuncia-se acerca da interpretação do artigo 112 do CTN, que transcreve, e afirma que não houve a intenção em ocasionar qualquer tipo de prejuízo para a arrecadação estadual.

Diz que a autuante não teria atentado para a hipótese de as notas fiscais terem sido emitidas e posteriormente canceladas pelo fornecedor, ou devolvidas pela transportadora sem conhecimento dele, autuado. Aduz que existe o roteiro de auditoria denominado circularização, que deveria ter sido considerado na ação fiscal e que, feita a circularização, restaria provada a improcedência da autuação. Que o ônus da prova, quanto a acusações fiscais, cabe ao Fisco. Que a presunção admitida pela autuante não goza de certeza jurídica. “Seria essencial, para a comprovação da infração, a demonstração cabal da tradição das mercadorias (entrega das mercadorias ao sujeito passivo), ou, ainda, comprovação de que o impugnante pagou, ao remetente, pelas referidas mercadorias, coisa que não fez a preposta fiscal.”

Conclui pedindo, alternativamente, pela declaração de nulidade, e de improcedência das imputações.

O contribuinte acosta demonstrativos às fls. 700 a 724.

A autuante presta informação fiscal às fls. 728 a 731, inicialmente relatando os termos da autuação e da impugnação ao lançamento de ofício e em seguida aduzindo que, em relação à infração 01, nas fiscalizações anteriores o exercício de 2006 não havia sido homologado e que a programação do sujeito passivo para fiscalização foi originada pela Denúncia Fiscal nº 11.026/06, na qual o contribuinte é acusado de efetuar vendas sem emissão de documentos fiscais. Que dos sistemas SEFAZ obteve-se indícios de evasão de receitas no exercícios de 2005 a 2007, conforme tabela que elabora à fl. 729. Que a empresa foi alertada de que o Sistema SINTEGRA faculta a obtenção da maior parte das notas fiscais de compras, mas persistiu cometendo irregularidades. Que é empresa do ramo atacadista de calçados, produto enquadrado na substituição tributária. Que para obter as notas fiscais omitidas foi feita circularização com diversas empresas fornecedoras, sendo a principal a Grendene do Estado do Ceará. Que na listagem anexada pelo contribuinte às fls. 711 a 720, como de notas fiscais desconhecidas, constam notas fiscais arrecadadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, e que as Notas Fiscais nºs 144 (fl. 43) e 364.059 (fl. 44) estão escrituradas pelo sujeito passivo em seus registros fiscais e em seus arquivos magnéticos. Que a empresa Grendene enviou o cronograma de pagamento das duplicatas (fls. 50 a 69). Que o critério utilizado nesta fiscalização foi o mesmo da fiscalização anterior.

A autuante acata o argumento defensivo de que na imputação 01 foram lançadas notas fiscais objeto de autuação anterior, e elabora tabela à fl. 729, já computados os créditos fiscais, com novo demonstrativo de débito à fl. 730, reduzindo os valores lançados nos meses de janeiro a abril/2006.

Quanto à imputação 02, aduz que a incidência do ICMS na entrada de ativo imobilizado, como diferença de alíquota, tem vigência desde a publicação do RICMS/BA, em obediência à Constituição da República. Que a diferença de alíquota ora reclamada está prevista nos artigos 5º, inciso I, e 69, parágrafo único, inciso I, alínea “b”, ambos do mencionado Regulamento, que transcreve. Diz presumir que o contribuinte não tenha lido tais dispositivos, ao afirmar que não teria havido prejuízo para o Estado. Assevera que as notas fiscais objeto da imputação são da Mercedes Benz, pelo que estaria óbvio tratar-se de caminhões e de carrocerias. Que o contribuinte pede a redução da multa aplicada. Que requer que o Fisco lhe reconheça o direito ao uso do crédito fiscal destacado, e que a diferença de alíquota é precisamente a diferença entre as alíquotas do Estado emitente e a do Estado destinatário, pelo que o ICMS destacado já fica compensado. Que as notas fiscais foram conseguidas através do processo de circularização, e das mesmas foi fornecida cópia ao contribuinte, conforme declaração que o mesmo assina à fl. 10.

Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal, fls. 728 a 731, conforme recibo que assina à fl. 734, e manteve-se silente, conforme despacho da SAT/DAT/Metro, à fl. 735.

## VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos e notas fiscais atinentes às mesmas, e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Também indefiro o pedido genérico de realização de perícia, e o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, incisos I, alínea “a”, e II, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que os documentos constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por duas infrações à legislação tributária. Quanto à infração 01, recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, a autuante acosta demonstrativo do levantamento fiscal realizado às fls. 19 a 42, e 50 a 69, notas Fiscais às fls. 70 a 680, cópia de livro Registro de Entradas do contribuinte às fls. 43 a 48, e Relação de Notas Fiscais oriundas de arquivo magnético SINTEGRA à fl. 49.

O contribuinte acusa o recebimento de toda a documentação anexada pelo Fisco ao Auto de Infração, nos recibos que assina às fls. 19, 41 e 42. Observo, em relação às notas fiscais acostadas aos autos pelo Fisco, que a maioria delas indica a forma de pagamento a prazo, e que o Fisco acosta, às fls. 50 a 69, cronograma de pagamento das duplicatas relativas a operações, objeto desta imputação, realizadas com a empresa Grendene, documentos estes cuja validade não foi contestada pelo sujeito passivo.

Assim, resta comprovado que o Fisco, ao contrário do quanto alegado pelo sujeito passivo, não só levantou todas as provas da ocorrência da infração, como deu conhecimento ao contribuinte de todos os dados à mesma concernentes. O contribuinte não comprovou o recolhimento da totalidade do ICMS lançado de ofício, mas a representante do Fisco, a partir da análise dos dados apresentados pelo impugnante, reconheceu que parte do ICMS lançado de ofício já fora exigido em outra ação fiscal, e deduziu tal valor do montante ora exigido, pelo que a imputação foi parcialmente elidida.

Face ao exposto, considero a Imputação 01 parcialmente procedente, no valor de R\$1.305.541,99, conforme dados da informação fiscal e tabela a seguir:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS
31/01/2006	8.802,14
28/02/2006	255,19
31/03/2006	9.862,55
30/04/2006	41.748,59
31/05/2006	85.096,56
30/06/2006	599,19
31/07/2006	41.269,47
31/08/2006	41.976,46
30/09/2006	18.977,18
31/10/2006	83.212,71
30/11/2006	26.724,04
31/12/2006	112.334,44
31/01/2007	110.747,37
28/02/2007	22.380,69
31/03/2007	33.575,64
30/04/2007	13.020,52
31/05/2007	41.990,85
30/06/2007	52.720,93
31/07/2007	71.225,64
31/08/2007	59.101,62
30/09/2007	87.839,52
31/10/2007	180.444,44
30/11/2007	104.715,94
31/12/2007	56.920,31
TOTAL	1.305.541,99

Quanto à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, a partir da análise dos documentos juntados aos autos, constato que as cópias das notas fiscais juntadas pela autuante às fls. 11 a 17, que foram consolidadas no demonstrativo de débito à fl. 10, comprovam que todas as notas fiscais concernentes a bens do ativo imobilizado referem-se a operações de aquisições praticadas pelo sujeito passivo, estabelecimento legalmente inscrito no Estado da Bahia. Logo, estando legalmente constituído no Estado da Bahia e tendo adquirido os bens de ativo em outro Estado (São Paulo), o ICMS resultante da diferença entre a alíquota interna e interestadual é devido ao Estado da Bahia e o responsável pelo pagamento é o estabelecimento adquirente dos bens. Conforme recibo assinado pelo contribuinte à fl. 10, o mesmo recebeu o demonstrativo e seus anexos na data de sua ciência do Auto de Infração, e no mencionado demonstrativo, além de estar citado que se trata de caminhões e de carrocerias, estão citados os números das notas fiscais e demais dados às mesmas atinentes, que comprovam tratar-se de bens destinados ao ativo fixo. O contribuinte não comprova o pagamento da diferença de alíquota exigida de ofício. Quanto ao crédito fiscal pleiteado pelo contribuinte, tratando-se de ICMS devido em razão de diferença de alíquota, tal crédito foi considerado, exatamente como exposto pela representante do Fisco. Portanto, é procedente a infração 02.

Observo que o contribuinte, tendo recebido cópia da informação fiscal, e cientificado do seu prazo de dez dias para pronunciar-se a respeito, manteve-se silente, pelo que inexistem controvérsias após prestada a informação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$1.335.851,99.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.0004/08-0**, lavrado contra **PÉ GIGANTE COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.335.851,99**, acrescido das multas de 60% previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR