

A. I. Nº - 232185.0206/08-4
AUTUADO - AGENOR COQUEIRO GOMES-CIA LTDA. (AGENOR COQUEIRO GOMES & CIA LTDA.)
AUTUANTES - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 09.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-02/09

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A: **a)** CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Em tais situações, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/2008, e reclama ICMS no valor de R\$81.310,24, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$59.920,38, 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, nos meses de abril, maio, julho e dezembro de 2003, janeiro de 2004, julho e dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 10 a 12.
2. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$21.389,86, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2003, junho, agosto a novembro de 2004, janeiro a novembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls.13 a 20.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.124 a 133, arguiu as seguintes preliminares.

Como primeira preliminar, aduz que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, no Registro de Ocorrências, conforme prevê o artigo 28, inciso I c/c o artigo 41, inciso I, do RPAF/97, citando decisões do CONSEF em que foram julgados nulos autos de infração por inobservância do devido processo legal.

Como segunda preliminar, diz que o ato administrativo que resultou no auto de infração foi praticado com preterição do direito de defesa, previsto no artigo 18, II c/c artigo 41, inciso II, do RPAF/99, em virtude da fiscalização ter exigido o pagamento do ICMS sobre a aquisição de veículos, porém imputou a prática da infração relativa a falta de pagamento da diferença de alíquotas sobre bem do ativo fixo adquirido em outra unidade da Federação, concluindo que falta de segurança na determinação da infração.

Justifica esta preliminar dizendo que foi descrito o fato e sua capitulação legal diversos do fato real e do direito aplicável, isto porque, não sabe se deve comprovar que os veículos constantes no demonstrativo só foram alienados após um ano de uso, não cabendo nenhum imposto, conforme preceitua o artigo 6º, inciso VIII do RICMS/97, ou se deve comprovar quais veículos foram adquiridos na condição de preço FOB e quais os veículos foram adquiridos na condição CIF e sem incidência de ICMS, conforme artigo 8º, § único, I do mesmo Regulamento.

Sobre esta preliminar, transcreveu diversas Ementas de Resoluções do CONSEF em que foram julgados nulos autos de infração por existência de vícios procedimentais e inobservância do devido processo legal.

Por fim, requereu a declaração da nulidade da autuação.

Na informação fiscal às fls.164 a 165, o autuante rebateu a razões defensivas dizendo que:

- a) o artigo 21, inciso II do RPAF/97 prevê a dispensa da lavratura do Termo de Início de Fiscalização quando for emitido o Termo de Intimação para Apresentação de Livros Fiscais, que se encontra à fl. 8 devidamente assinado pelo titular da empresa, Sr. Agenor Coqueiro Gomes.
- b) o imposto reclamado na infração 01 diz respeito ao ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados ao ativo do estabelecimento, conforme papel de trabalho intitulado de “Demonstrativo da Diferença de Alíquota devida em aquisição interestadual de Ativo Imobilizado”, conforme anexo I à fl.10 do PAF. Esclarece que no citado demonstrativo consta em cada coluna discriminação detalhada sobre cada veículo, cujo cálculo demonstra que se trata de diferença de alíquota. Quanto a coluna que consta a expressão “venda prod estabelec entrega futura”, explica que trata-se da descrição da natureza da operação de venda do remetente constante na nota fiscal que se traduz como aquisição interestadual de bem do ativo imobilizado, e portanto, cabível o pagamento do diferencial de alíquota conforme preceitua o artigo 1º, inciso I, e 2º inciso IV da Lei nº 7.014/96.

Observou que caso o CONSEF entenda que o sujeito passivo, por seus procuradores, não compreenderam o papel de trabalho, sugeriu que o processo retornasse ao autuado para tomar conhecimento dos esclarecimentos prestados em sua informação fiscal.

Salienta que o patrono do autuado silenciou quanto a infração 02, referente a diferença de alíquota de bens destinados a consumo do estabelecimento, o que no seu entendimento, implica aceitação tácita.

Foram juntadas à informação fiscal cópias dos seguintes documentos: Intimação para apresentação de Livros e Documentos (fl.166); Termo de Arrecadação de Livros e documentos (fl. 167), primeiras vias das Notas fiscais nº 35017, 153808, 156145, 156146, 159936, 153807, 159937, 178885, 178886, 82737, 82738, 71990, 71991, 83171 (fls.168 a 181), e extrato do INC Informações do Contribuinte da SEFAZ (fls. 182 a 183).

Concluindo, manteve integralmente seu procedimento fiscal, pugnando pela procedência do Auto de Infração. O sujeito passivo foi cientificado da informação e dos documentos a ela acostados, conforme intimação fl. 184, tendo se manifestado às fls.187 a 191, com base no seguinte.

Reitera seu posicionamento de que o autuante não procedeu na forma prevista no artigo 28, I, do RPAF/99, e que não consta nos autos nenhum termo de início de fiscalização, tendo o mesmo se pautado na intimação expedida em 14/11/2008 após a ação fiscal que se deu em 27/09/2008, e não assinada pelo autuado.

Reproduziu a jurisprudência do CONSEF citada em sua peça defensiva anterior.

VOTO

Analisando a primeira preliminar de nulidade argüida pelo patrono do autuado, a pretexto de que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, observo que em 07/07/2008, o contribuinte foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais (fl.08), conforme Termo de Intimação, devidamente assinado por preposto do autuado, e em 11/07/2008 foi lavrado o Termo de Arrecadação (fl.09).

De acordo com o artigo 28, II, in verbis:

No tocante a argüição de falta de segurança na determinação da infração 01, o defendente explicitou o argumento do autuante sobre a natureza da operação constante nos documentos fiscais, e reafirmou sua posição de que a ação fiscal exige imposto sobre a aquisição de veículos, mas fundamenta a exigência nas vendas dos mesmos, dizendo que esse ato foi praticado com preterição ao direito de defesa.

RPAF/99: “Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;”

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

Desta forma, considerando que também se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto fiscal, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, rejeito esta preliminar de nulidade, pois o sujeito passivo foi devidamente intimado conforme comprova o documento à fl.08.

É muito comum a fiscalização, para subsidiar sua informação fiscal, necessitar fazer verificação nos livros e documentos fiscais de determinado contribuinte, sendo necessária a expedição de intimação para apresentação de tais documentos. No caso, entendo que a intimação à fl.166, expedida em 14/11/2008, após o início da ação fiscal, teve a finalidade de obter cópias de documentos fiscais na empresa, que foram anexadas às fls.168 a 184, não violando nenhuma disposição do RPAF/Ba.

Quanto a argüição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento da infração 01 é nulo, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, faltando-lhe segurança na determinação da infração, ou seja, que a fiscalização exige o pagamento do ICMS sobre a aquisição de veículos, porém imputou a prática da infração relativa a falta de pagamento da diferença de alíquotas sobre bem do ativo fixo adquirido em outra unidade da Federação, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tal argumento não pode ser acolhido.

O primeiro deles pelo fato de que a acusação fiscal encontra-se descrita com clareza e está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, está claramente especificada na descrição dos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxe o autuante, com o Auto de Infração, o anexo, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente a planilha à fl.10 a 14, entregue ao autuado, inclusive esclarecido na informação fiscal, também entregue ao autuado, cuja referida planilha, é auto-explicativa, na medida que nas respectivas colunas estão demonstrados os dados referente ao número do documento fiscal, mês, descrição do produto, número do chassi, UF de

procedência, a base de cálculo, a alíquota de origem, o valor do crédito fiscal, a origem interna, e finalmente, o ICMS correspondente à diferença das alíquotas. Além disso, o autuante na informação fiscal prestou os devidos esclarecimentos e também acostou aos autos cópias das notas fiscais que originaram o levantamento fiscal, permitindo ao sujeito passivo entender o real motivo da autuação e a origem dos valores lançados no auto de infração.

Portanto, tomando por base o que se encontra na descrição dos fatos à fl.01, os esclarecimentos do autuante e tudo o mais que consta no processo, o ato administrativo não foi praticado com preterição do direito de defesa, conforme alegado, pois a acusação fiscal está clara e não deixa dúvida que se refere a exigência de imposto decorrente da diferença entre a alíquota interna para a alíquota interestadual nas operações constantes nas notas fiscais, e o fato de constar na planilha de apuração do débito, na coluna “descrição” a expressão “venda prod. estabelec. entrega futura”, as outras colunas permite o entendimento de que a exigência fiscal decorre da diferença de alíquota, e não de exigência de imposto sobre a aquisição de veículos.

Com relação a jurisprudência do CONSEF citada na defesa, a partir do momento que restou comprovado que o lançamento não contém nenhum vício procedimental e que houve observância do devido processo legal, as ementas transcritas não se aplicam ao presente caso.

Desse modo, não havendo inobservância aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, eis que, se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, fica rejeitada a preliminar de nulidade em relação à infração 01.

Quanto ao mérito, a infração está caracterizada pelos elementos de provas trazidos ao processo pela fiscalização, quais sejam, nas notas fiscais de aquisição interestadual de bens destinados ao ativo fixo e na falta de comprovação do respectivo imposto a título de diferencial de alíquotas, deve ser mantido o lançamento.

No tocante à infração 02, referente a acusação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, o sujeito passivo em sua peça defensiva não fez qualquer referência a esta imputação, do que se conclui que houve reconhecimento do débito, o que torna subsistente a infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232185.0206/08-4**, lavrado contra **AGENOR COQUEIRO GOMES-CIA LTDA. (AGENOR COQUEIRO GOMES & CIA LTDA.)** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$81.310,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR