

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0013/07-0
RECORRENTE - CSJ - COMERCIAL DE CIGARROS SÃO JORGE LTDA. (DISTRIBUIDORA BAIANA DE CIGARROS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0309-03/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 09/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0426-11/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo fixo estabelecimento. Infração caracterizada. **b)** MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos para excluir mercadorias adquiridas com não-incidência do imposto. Infração subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Os documentos fiscais objeto da autuação correspondem a operações de saídas de brindes em operações que foram efetuadas sem incidência do imposto. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Corrigido o erro material constante da ementa do julgamento na Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário mediante o qual o sujeito passivo insurgiu-se contra o acórdão em referência tão-somente acerca das infrações 1, 3 e 5, constantes do Auto de Infração, lavrado em 13/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$ 93.411,62, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$ 8.514,33. Foram imputadas ao sujeito passivo, dentre as cinco infrações, as seguintes:

INFRAÇÃO 1: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de setembro de 2004 e março de 2006. Valor do débito: R\$53.300,00.

INFRAÇÃO 3: Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de emissão de Notas Fiscais de saídas, bem como da respectiva escrituração com débito do imposto, relativo a diversos bens adquiridos pelo contribuinte e destinados à distribuição como brindes aos seus clientes, nos meses de março e dezembro de 2004; agosto e dezembro de 2005; abril, maio, junho e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$7.959,91.

INFRAÇÃO 5: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias no registro na escrita fiscal. Falta de escrituração de diversas N

mercadorias já tributadas pelo ICMS por antecipação/substituição tributária na origem, nos meses de dezembro de 2005 e dezembro de 2006, sendo exigida multa no valor total de R\$8.144,33.

Após análise das peças residentes nos autos, a JJF desacolheu, parcialmente, a peça defensiva, decidindo a lide administrativa em derredor dessas infrações objeto do Recurso Voluntário, sob estes fundamentos:

De início, sob a assertiva de que no PAF inexistem razões, à luz dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração, rechaçou as preliminares de nulidade, inclusive para repelir os argumentos de que os documentos fiscais objeto da autuação não foram fornecidos, já que houve a regular intimação, com AR, do sujeito passivo, com concessão de prazo de 30 dias, pela Inspetoria Fiscal, como determinado pela JJF (fls. 205/206).

De igual modo, rejeitou a alegação de que o lançamento fiscal foi lavrado fora do estabelecimento, afirmando que o autuante agiu em consonância com o disposto no § 1º, do art. 39, do RPAF/99, *“ou seja, que o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”*.

Afastou, ante a ausência de previsão legal, a alegação de que, antes de autuação, deveria ter havido a intimação por escrito do sujeito passivo para prestar todos os esclarecimentos necessários, da origem e da causa da falta de recolhimento do ICMS.

Rechaçou, também, a alegação de que houve erro no levantamento das entradas de mercadorias e que essa matéria seria examinada junto com o mérito.

No mérito, quanto à primeira infração, rechaçou a alegação defensiva sob o argumento de que a Lei nº 7.014/96, relativamente à diferença de alíquotas, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96).

Rejeitou a alegação de que houve equívoco no demonstrativo referente às aquisições em outros Estados de mercadorias para o ativo permanente relativo a dois veículos novos, sendo um com a Nota Fiscal de nº 65.579, datada de 31/08/2004, no valor de R\$121.500,00 e outro com a Nota Fiscal de nº 68.217, datada de 28/09/2004 no valor também de R\$121.500,00.

E, assim repeliu por constatar que as Notas Fiscais de números 65579 e 68217 (fls. 192/193) foram acostadas aos autos pelo autuante, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte e reaberto o prazo de defesa, tendo sido elucidado pelo autuante o equívoco em relação à NF 68217, que foi indicada no levantamento fiscal como sendo 98.217.

Desacolheu o argumento de que se trata de aquisição de veículos de contribuinte situado no Estado de São Paulo, e por se tratar de ativo imobilizado do autuado, não é devida a diferença de alíquotas na forma exigida no lançamento.

No tocante à alegação de que aquisição destinou-se ao ativo imobilizado, e que não há diferença de alíquota, e que é o próprio fabricante o responsável pelo recolhimento do imposto, por se tratar de aquisição de veículo utilitário para uso exclusivo em atividade-fim da empresa, decidiu-se, em síntese, que à vista dos documentos fiscais referirem-se à aquisição de veículos, tendo sido neles indicada a classificação fiscal 8704.23.10 (06 cilindradas), mercadoria não incluída no item 18 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, que não está enquadrada no regime da substituição tributária, não recaindo sobre o fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto por substituição, concluindo-se pela subsistência da infração 1.

No que tange à terceira infração, aduziu que, à luz do art. 564 do RICMS/97, *“considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor* legislação deste Estado estabelece os procedimentos que o contribuinte, o que não ocorreu no presente caso, tendo a irregular impugnação, pois não foi realizada a escrituração com débito de

bens adquiridos e destinados à distribuição como brindes aos seus clientes, conforme previsto na legislação.

Ressaltou que o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deve lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito ao crédito do imposto destacado no documento fiscal, cumprindo-lhe emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida, o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e lançar a referida Nota Fiscal no Registro de Saídas, na forma regulamentar, conforme art. 565, incisos I e II do RICMS/BA.

Com isto, repeliu a alegação defensiva de que, tendo as notas fiscais sido objeto do levantamento fiscal, são relativas a brindes, a exemplo de calendário, relógio, painel, camisetas etc., o fabricante teria destacado o crédito de ICMS na nota fiscal, e que por isto não seria devido o ICMS a eles referentes constantes dos documentos fiscais.

No que tange às alegações de que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal possuem cópias no PAF, e que foram parcial e exclusivamente retiradas do CFAMT, e de que inexistia cópia da nota fiscal para caracterizar a suposta infração, foram repelidas, tendo sido julgada caracterizada a infração 03.

Ao decidir sobre a quinta infração, expôs que, trata-se de exigência de multa por ter sido apurada a entrada no estabelecimento de mercadorias já tributadas pelo ICMS, sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo à fl. 19 dos autos, o que constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa de 1% do valor comercial da mercadoria não tributável, conforme art. 42, inciso XI, da Lei nº 014/96.

Acrescentou que esse registro, à luz da vigente legislação, deve ser em ordem cronológica, e os lançamentos feitos documento por documento, isto porque esse livro- Registro de Entrada - destina-se a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97).

Rejeitou, ainda, a alegação de que as mercadorias comercializadas (cigarros) estão sob o regime de substituição tributária, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do fabricante, em face da comprovação anexada aos autos pelo autuante, através das notas fiscais de fls. 78/84, que não foram escrituradas pelo recorrente, decidindo-se, assim, pela subsistência desta infração, à lume do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, inconformado com o teor do julgado, às fls. 253/255, apresentou Recurso voluntário, limitando-se a ratificar, de modo bastante resumido, os argumentos lançados na sua impugnação, arguindo que: infração 1) falta de materialidade da infração; afirma que o fabricante é o responsável pelo recolhimento do imposto; infração 3) provado que as notas fiscais referem-se a mercadorias destinadas a brindes, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do fabricante; infração 5) Embora se reporte à infração 04, em verdade, refere-se à quinta, sobre mercadorias (cigarro) sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja responsabilidade pela Infração em exame.

A d. PGE/PROFIS emitiu Parecer às fls. 260/261, considerou que as razões recursais são insuficientes para elidir as infrações imputadas ao recorrente, que não trouxe nenhum elemento novo ou prova hábil a afastar as diversas imputações apuradas no lançamento fiscal, limitando-se a negá-las para se eximir da responsabilidade de recolher o ICMS, motivo pelo qual opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De início, resalto que ante a presença de erro material na ementa e a respectiva retificação, invertendo, tão-somente, o conteúdo do item

Feita esta ressalva, como se infere do que acima relatado está, o sujeito passivo não arguiu em seu Recurso Voluntário qualquer fato novo, tendo resumidamente repetido os termos da defesa inicial, como também não carrearou novas provas, tendo, assim, evasivamente alegado que a Decisão guerreada é contrária à prova dos autos, sem especificamente arguir qualquer preliminar de nulidade.

Adentrou, de igual modo, resumidamente, o mérito, e, em relação à infração 01, para dizer, tão-só que não ficou caracterizada por falta de materialidade, sendo do fabricante a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto à infração 3, mencionou tão-somente que as notas fiscais referem-se a brindes.

Finalmente, em derredor da infração 5 (ali considerada como sendo a 4ª), alegou, laconicamente, que as mercadorias comercializadas trata-se de cigarros cuja responsabilidade pelo colhimento do tributo é do fabricante.

Deste modo, restringiu-se o Recurso Voluntário a atacar a Decisão da JJF acerca das infrações 1, 3 e 5, pelo que decido, no que tange à primeira imputação, que deve ser repelida a insurgência recursal, pois, como bem pontuado pela primeira instância, a Lei nº 7.014/96, relativamente à diferença de alíquotas, estabelece a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas a consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96).

Logo, a alegação defensiva de que a aquisição destinou-se ao seu ativo imobilizado e que não há diferença de alíquota, e que é o próprio fabricante o responsável pelo recolhimento do imposto, por se tratar de aquisição de veículo utilitário para uso exclusivo em atividade-fim da empresa, não merece guarida, já que, consoante demonstram os documentos fiscais, referem-se à aquisição de veículos, com Classificação Fiscal nº 8704.23.10 (06 cilindradas), a revelar que se trata de mercadoria não incluída no item 18 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, não estando enquadrada no regime da substituição tributária, e, portanto, não é do fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto por substituição, e sim do recorrente.

Nada há a ser alterado no acórdão, sendo procedente a primeira imputação, do lançamento em reexame.

A terceira imputação, também, restou caracterizada, isto porque, embora o art. 564 do RICMS/97 preconize que *“considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final”*, contudo, o art. 565, I e II do RICMS, por seu turno, impõe procedimentos, os quais, no caso presente, não foram cumpridos pelo recorrente, rendendo ensejo à autuação.

Por fim, sobre a quinta imputação, constato, como a d. Procuradoria o fez, que as razões apresentadas pelo recorrente para repelir tal infração, em verdade, concerne à exigência de imposto por presunção, quando lhe está sendo exigida multa, considerando o tipo de mercadoria (cigarro), cuja penalidade está estabelecida no art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Logo, estando comprovada, à vista do demonstrativo de fl. 19, a ausência de registro de notas fiscais de aquisição de cigarros, no livro de Registro de Entradas, (art. 322, do RICMS/97), tendo sido comprovada, portanto, a falta de escrituração de mercadorias já tributadas pelo ICMS por antecipação/substituição tributária na origem, nos meses de dezembro de 2005 e dezembro de 2006, é legítima a imposição de multa de 1% sobre o valor comercial correspondente, ante a omissão do lançamento pelo contribuinte, que descumpriu obrigação acessória correspondente, punível com essa penalidade.

E não havendo novos fundamentos e nem novas provas carreadas, mantido o julgado em todos os seus termos, por revelar-se incensurável.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0013/07-0, lavrado contra **CSJ-COMERCIAL DE CIGARROS SÃO JORGE LTDA. (DISTRIBUIDORA BAIANA DE CIGARROS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$67.822,45**, acrescido das multas de 60% sobre R\$59.862,54 e 70% sobre R\$7.959,91, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$8.514,33**, prevista no art. 42, incisos XI e XX, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDAO BARBOSA – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS