

A. I. N° - 299130.0025/08-6
AUTUADO - GIBAHIA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - MARCUS VINÍCIUS BADARÓ CAMPOS e JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16/07/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-03/10

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado. Incerteza quanto à existência do débito. Inexistência de previsão de multa, à época dos fatos. Aplicado o teor do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2008 para exigir multa no valor de R\$179.581,48, correspondente ao percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Exercício de 2004 – meses de abril, maio, julho, agosto, outubro e dezembro. Demonstrativos às fls. 10 a 36.

O Fisco acosta aos autos, às fls. 37 a 40, Relação de DAEs do exercício 2004 emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ. Às fls. 41 a 49, cópia de páginas do livro Registro de Entradas do contribuinte.

Às fls. 54 e 55 o sujeito passivo ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente discorre acerca da autuação, em seguida alegando que a base de cálculo utilizada pelo Fiscal está equivocada, uma vez que o mesmo deixou de aplicar a redução de 41,176% a que a empresa faz jus em decorrência do seu enquadramento como Atacadista, pelo Termo de Acordo celebrado com esta SEFAZ nos termos do Decreto n° 7.799/2000 (docs. de fls. 56 a 64). Diz que o Fiscal não observou a Lei n° 8.967/2003, regulamentada pelo Decreto n° 8.969/2004, que instituiu a cobrança parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, “estabelece no item 17 (perguntas e respostas), no tocante aos benefícios fiscais nas saídas subseqüentes das mercadorias”, que estes serão considerados no cálculo da antecipação parcial, conforme Lei anexa às fls. 96 a 102.

Alega que o levantamento das notas fiscais apresentado pela fiscalização apresenta falhas, aduzindo que foram consideradas notas fiscais de compras de produtos sujeitos à substituição tributária, e mercadorias para consumo, cujo ICMS foi pago por substituição tributária na entrada, e diferenças de alíquota em aquisições dos Estados de Pernambuco e Goiás, cuja alíquota é de 12%, argumentando ser este percentual superior à carga tributária final dos atacadistas com Termo de Acordo, que é de 10%.

Diz que a multa aplicada sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS antecipado não procede, aduzindo que o recolhimento foi realizado tempestivamente em conjunto com o ICMS normal, no final de cada mês de apuração. Afirma que restariam a recolher apenas os juros pela postergação dos recolhimentos das antecipações. Conclui pedindo pela improcedência total do Auto de Infração.

Às fls. 162 e 163 os autuantes prestam informação fiscal acatando parcialmente o pleito defensivo. Inicialmente discorrem acerca da autuação e das alegações trazidas na defesa. Dizem que o autuado só firmou Termo de Acordo em 17/09/2004, e por isso só poderia obter o benefício requerido “após” essa data, ou seja, faria jus ao benefício nos meses de outubro/2004 e dezembro/2004, conforme planilha anexa à fl. 164.

Em seguida afirmam que “até” o mês de setembro/2004 o contribuinte fazia jus ao benefício da redução de base de cálculo.

No que se refere às notas fiscais em que o autuado alega cobrança indevida, os autuantes aduzem que fizeram uma análise e reconsideraram, retirando da planilha as notas fiscais acerca das quais a alegação do autuado tinha procedência, conforme quadros anexos às fls. 166 a 193.

Concluem pedindo a redução do valor do Auto de Infração para R\$92.097,04, conforme demonstrativo de débito que acostam a fl. 164, e demonstrativos analíticos às fls. 166 a 193.

Acostam, às fls. 194 a 199, relatório de Processos Tributários do sujeito passivo expedido pelo sistema informatizado INC/SEFAZ, no qual consta o “indeferimento” de pedido de Termo de Acordo de Atacadistas na data de cadastramento de 17/09/2004, com data de ciência ao contribuinte em 28/07/2006 (fls. 196 e 199).

Cientificado da informação fiscal, o contribuinte volta a manifestar-se às fls. 207 e 208 inicialmente relatando os termos da informação fiscal, e em seguida aduzindo que ele, autuado, firmou o Termo de Acordo nº 723/2002, “deferido” em 15/02/2002. Que, pela afirmação dos autuantes de que ele, contribuinte, teria firmado Acordo em 17/09/2004 e que, portanto, só poderia obter benefício fiscal após esta data, ou seja, nos meses de outubro e dezembro/2004, ele, sujeito passivo, entende que inexistente a cobrança apresentada na ação fiscal referentes a estes dois meses. Que, na conclusão da informação fiscal, o Fisco informa a este CONSEF uma redução do valor do Auto de Infração de R\$299.302,50 para R\$92.097,04, valores estes considerados por engano pelos autuantes, tendo em vista que os valores referem-se ao principal (base de cálculo), e que na realidade o valor da multa aplicada é de R\$179.581,48, montante que após as considerações passaria para R\$55.258,23.

O contribuinte prossegue afirmando que é empresa atacadista, distribuidora de todos os produtos enquadrados no Decreto nº 7.799/2000 e que, segundo afirma, por engano cadastral teria sido “descredenciada indevidamente, tendo em vista, que não houve uma comunicação prévia da secretaria da Fazenda.”

O contribuinte solicita deste CONSEF que leve em consideração que ele, autuado, sempre cumpriu com as suas obrigações tributárias e que o Acordo instituído pelo Decreto nº 7.799/2000 teve como objetivo dar condições de competitividade aos distribuidores atacadistas, “evitando a concorrência desleal dos outros estados que gozam de incentivos (benefícios) fiscais.”

Alega que em momento algum houve omissão, ou falta do recolhimento, tendo em vista que os valores de ICMS que deveriam ter sido recolhidos por antecipação foram efetivamente pagos como ICMS devido por regime normal, no final de cada mês de apuração, inexistindo, no caso, insuficiência no recolhimento do imposto.

Os autuantes voltam a prestar informação fiscal às fls. 229 e 230 aduzindo que com referência às alegações apresentadas pelo contribuinte nos itens “A” e “B” da fl das repetidas concessões, e posterior cassação, dos Termos de Acc

anexo (fls. 194 a 199), “o texto da informação fiscal saiu com uma incorreção no texto que deu margem a dupla interpretação por parte do autuado. Assim, onde se lê que a empresa tem direito ao benefício da redução após 17/09/2004, leia-se que a empresa tem direito ao benefício até 17/09/2004. Portanto, conforme consta na planilha de cálculo anexa à informação fiscal (fls 166 a 189), o contribuinte tem o benefício em todos os meses de 2004, exceto em outubro e dezembro.”

Os autuantes destacam que “de acordo com o relatório de Processos Tributários do INC (fls. 196), o processo nº 17448720045, cadastrado em 17/09/2004, a assinatura do Termo de Acordo para usufruir do benefício do Decreto 7.799 de 09/05/2000, foi INDEFERIDO. Logo, o Termo de Acordo 723/2002, que foi deferido em 15/02/2002, foi cassado em 17/09/2004, conforme relatórios do INC em anexo.”

Os prepostos do Fisco prosseguem expondo que, “com relação ao item “C” acrescentamos ao novo Demonstrativo de Débito do anexo I mais uma coluna, a qual demonstra expressamente quanto é o resultado do cálculo de 60% aplicado sobre a base cálculo, conforme demonstrativo (Anexo I-A) em anexo. Alteramos ainda o parágrafo da conclusão para deixar mais explícito que o valor a autuar é igual a 60% da base cálculo, conforme a seguir.”

Aduzem que no “item “D” a autuada (referindo-se ao Termo de Acordo indeferido em 17/09/2004) argumenta que, por um engano cadastral, foi descredenciada indevidamente. Em relação a este fato, não apresentou nenhuma prova, razão pela qual julgamos que cabe ao CONSEF a competência de analisar e decidir.”

Relatam que nos “itens “E” e “F” a autuada questiona o auto de infração sob o argumento de não haver “justiça” na cobrança da multa de 60%. A este respeito, informamos que a atividade dos autuantes é vinculada. Constataram a irregularidade e apenas procederam de acordo com o previsto na norma aplicável ao caso concreto.”

Os representantes do Fisco expõem que há uma redução da base de cálculo do Auto de Infração de R\$299.302,50 para R\$92.097,04. Que, aplicando-se 60% sobre esta base cálculo tem-se o valor total de R\$ 55.258,22, conforme resumido no quadro que anexam (fl. 231) e em estrita conformidade com manifestação do autuado nas folhas 207 e 208.

Concluem aduzindo que, tendo em vista que não houve alteração no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração após conhecimento pleno do autuado e de acordo com suas argumentações (fl. 207), recomendam o encaminhamento do processo para este CONSEF.

À fl. 235, considerando que não constava, neste processo, comprovação de que o contribuinte houvera recebido cópias da Informação Fiscal de fls. 229 a 231, que trouxe novo demonstrativo de débito à fl. 231, esta 3ª JJF, em pauta suplementar, deliberou por converter o presente PAF em diligência à INFAZ de origem para que a Inspetoria entregasse aqueles documentos ao autuado, concedendo-lhe o prazo de dez dias para que se manifestasse, caso quisesse.

A diligência foi cumprida conforme documento de fl. 238.

O contribuinte voltou a pronunciar-se às fls. 243 a 247 expondo que desde 15/02/2002 fazia jus aos benefícios fiscais em razão de Termo de Acordo de Atacadista. Que sempre cumpriu suas obrigações tributárias. Descreve a imputação. Diz que o Fisco não teria comprovado “o desenquadramento da autuada e, por consequência, não comprovou a incidência da multa.” Diz que o benefício de Atacadista só poderia ser negado, ou cassado, depois que ele, autuado, fosse notificado, conforme disposto no artigo 7º-A do Decreto nº 7.799/2000, que transcreve.

Expõe que, para demonstrar a arbitrariedade da cobrança e a falta de substância da mesma, a infração foi considerada apenas nos meses de outubro e dezembro/2004, mas que as operações da empresa, no mês de novembro/2004, foram normais.

Diz que mesmo não notificado cumpriu suas obrigações tributárias concedidos pela legislação estadual e não houve prejuízo ao

recolhido ao final de cada mês. Que as antecipações foram recolhidas posteriormente; que os produtos que comercializou estavam enquadrados no benefício, e que contribui com a economia do Estado; alega a existência de arbitrariedade na aplicação da multa.

Conclui pedindo pela declaração de improcedência da autuação.

O autuante presta nova informação fiscal à fl. 258 recomendando que, após atendida a Diligência solicitada por esta 3ª Junta, o PAF fosse encaminhado a este Conselho, reiterando que a prova de que o Termo de Acordo do sujeito passivo fora cassado no período da autuação encontrar-se-ia às fls. 194 a 199.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir multa no valor de R\$179.581,48, correspondente ao percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Exercício de 2004 – meses de abril, maio, julho, agosto, outubro e dezembro.

Inicialmente, o Fisco acosta demonstrativos analíticos às fls. 11 a 36, e à fl. 10, em demonstrativo sintético totalizando o débito de R\$179.581,50, tal como lançado no Auto de Infração.

Na primeira informação fiscal prestada, em demonstrativos analíticos de fls. 165 a 193, com demonstrativo sintético a fl. 164, o Fisco reduz para R\$92.097,04 o débito a ser lançado.

Na segunda informação fiscal, em demonstrativo sintético que acosta à fl. 231, o Fisco volta a reduzir o débito a ser lançado para R\$55.258,22.

O contribuinte admite que recolheu o imposto, devido por antecipação, como ICMS normal ao final de cada período mensal de apuração que veio a ser objeto do Auto de Infração.

Alega que tinha Termo de Acordo de Atacadista no período objeto da autuação, e que este Termo não teria sido denunciado previamente a um seu desenquadramento, o que estaria em desconformidade com o disposto no artigo 7º-A do Decreto nº 7.799/2000, que ora transcrevo:

Decreto nº 7.799/2000:

art. 7º-A. O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.

Consoante relatório de Processos Tributários do contribuinte, anexado pelo Fisco à fl. 194 dos autos, o contribuinte possuía Termo de Acordo de Atacadista desde 15/02/2002, exatamente como afirma o sujeito passivo em sua impugnação.

Ainda de acordo com este relatório de Processos Tributários, documento emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, anexado à fl. 196 dos autos, e Pareceres desta SEFAZ às fls. 200 a 201, ambos os documentos acostados pelo Fisco, o sujeito passivo teve seu pedido de assinatura de Acordo de Atacadista negado por existência de débitos para com a Fazenda Pública deste Estado, conforme Parecer nº 5712/2006 emitido em 18/05/2006 (fl. 200), e na data de 28/07/2006 (fl. 199) o contribuinte foi cientificado do indeferimento deste pedido de assinatura de Termo de Acordo de Atacadista.

E, também conforme este mesmo relatório de Processos Tributários acostado pelo Fisco aos autos, em 31/07/2006 (fl. 196), ou seja, três dias após cientificado do indeferimento de seu pedido, o contribuinte ingressou com novo pedido no mesmo sentido de assinatura do Termo de Acordo de Atacadista, pedido este que então lhe foi deferido, e de cujo deferimento o contribuinte teve ciência na data de 13/12/2006.

Assim, consoante documentos acostados pelo Fisco a este processo, afirmam os autuantes, não está comprovado que o contribuinte esta

de Atacadista cancelado durante o exercício de 2004, uma vez que estava em vigor o seu Termo de Acordo desde 15/02/2002 e o Parecer nº 5712/2006 opinando pela negativa do pedido de assinatura de termo de Acordo de Atacadista que os Auditores Fiscais juntam aos autos foi exarado apenas em 18/05/2006 (fls. 200 a 201), e é no indeferimento deste pedido que baseia o Fisco a sua assertiva de que o contribuinte encontrar-se-ia descredenciado desde a data 17/09/2004. Assinalo que a situação de “indeferido”, citando o processo nº 17448720045 com data de cadastramento de 17/09/2004, encontra-se no relatório, no mesmo campo no qual está indicado o Parecer nº 5712/2006, à fl. 199 dos autos.

Assim, a partir do exame desses documentos entendo que o contribuinte, em todo o período objeto da autuação, abrangendo os meses de abril a dezembro/2004, encontrava-se com seu Termo de Acordo de Atacadista em vigor, e não apenas vigendo nos meses de abril a setembro/2004, meses que o Fisco define, em sua segunda informação fiscal, como aqueles em que o contribuinte faria jus ao benefício de redução da carga tributária decorrente do mencionado Termo de Acordo de Atacadistas.

Contudo, a imputação constante no Auto de Infração é a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, com recolhimento realizado ao final do período mensal de apuração, pelo que foi aplicada multa percentual que, em segunda informação fiscal, o Fisco reduz do valor de R\$179.531,48 inicialmente lançado no Auto de Infração para R\$55.258,22 (fl. 231).

Assinalo que, diante das controvérsias acerca de valores a serem lançados de ofício - considerando-se o teor dos documentos deste processo que trazem dados, inclusive, que corroboram a assertiva do sujeito passivo quando assegura que fazia jus ao benefício da carga tributária durante todo o período objeto da ação fiscal, em 2004 - resta então a dúvida sobre valores devidos ao erário, e sobre a própria existência de débito tributário do contribuinte para com este Estado, pelas operações comerciais que são o foco da imputação fulcro do Auto de Infração em exame. Esta insegurança quanto à existência e à liquidez de débito a ser lançado de ofício, que ensejaria a nulidade da ação fiscal, possivelmente poderia vir a ser sanada por meio de diligência para apuração da verdade material.

Contudo, a realização de diligência neste sentido mostra-se inóqua diante do atual posicionamento majoritário deste Conselho de Fazenda, conforme expressado nos Acórdãos CJF nº 0060-11/09, CJF nº 0255-12/09 e CJF nº 222-12/09, no sentido de que apenas após a inserção da expressão “(...) inclusive por antecipação parcial, (...)”, na alínea “d” do inciso II do artigo 42 da lei nº 7.014/96, com a alteração promovida pela Lei nº 10.847/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, passou a existir a previsão legal para a aplicação daquela penalidade por irregularidades relativas a operações relativas a ICMS devido por antecipação parcial, com base naquele mencionado inciso II:

Lei nº 7.014/96:

art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;(redação atual dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.

Redação anterior, efeitos de 13/12/2001 a 27/11/2007:

“d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;”)

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração d que importe descumprimento de obrigação tributá

haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (redação atual dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.

Redação original, efeitos até 27/11/07:

"f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo;")

É hodiernamente também assente o entendimento majoritário, neste Conselho de Fazenda, quanto a que inexistente débito relativo a descumprimento de obrigação tributária principal na situação de falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial que tenha sido recolhido como ICMS devido no regime normal de apuração. E assim, entendendo-se que não teria havido descumprimento de obrigação tributária principal, também não seria aplicável o teor da alínea "f" do mencionado inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Nestes termos, de acordo com a atual concepção majoritária deste CONSEF, na data dos fatos geradores objeto da presente ação fiscal, meses de abril a dezembro/2004, período anterior a 28/11/2007, inexistente penalidade a ser aplicada em razão da imputação objeto do Auto de Infração em lide, pelo que a mesma não é procedente.

Na presente situação, havendo tanto causa para declaração de nulidade, quanto situação de improcedência da imputação, em consonância com o teor do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99 voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0025/08-6**, lavrado contra **GIBAHIA COMERCIAL LTDA.**

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, 12 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR