

A. I. Nº - 087281.0007/08-6
AUTUADO - KAO & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ELDYR JOSÉ MOREIRA
ORIGEM - INFAS SEABRA
INTERNET - 01.09.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-01/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. A comprovação de que apenas uma nota fiscal se referia a mercadorias destinadas à comercialização reduz o montante do débito. Retificado o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96). Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A constatação, por meio de diligência, que as notas fiscais objeto do lançamento tinham sido efetivamente lançadas na DME desconstitui a exigência. Infração descaracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 26/08/2008, foi efetuado o lançamento do crédito tributário no valor de R\$9.244,21, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS correspondente à antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, em relação à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de junho a agosto de 2004, exigindo imposto no valor de R\$8.435,68, acrescido da multa de 50%. Consta que a exigência se encontra em conformidade com o Demonstrativo da Antecipação Tributária e com as Notas Fiscais de nºs 15.900, 65.805, 16.081, 3.693, 6.249, 2.057 (de junho de 2004), 3.315, 5.847, 36.296 (de julho de 2004) e 2.790 (de agosto de 2004), cujas cópias se encontram anexadas aos autos;

02 – omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração do movimento econômico de microempresas e empresas de pequeno porte), no exercício de 2004, sendo sugerida a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, que resultou no valor de R\$808,53. Consta que a apuração se encontra de acordo com a Relação de Notas Fiscais Recebidas, constantes do CFAMT/2004, anexada aos autos.

O autuado apresentou impugnação às fls. 53 a 60, arguindo que o preposto fiscal deixou de lhe entregar, quando da intimação acerca do Auto de Infração, os demonstrativos em disco de armazenamento de dados, na forma prevista no § 3º do art. 8º do RPAF/BA, cerceando o seu direito de defesa, resultando em vício formal, que certamente conduzirá à nulidade do Auto de Infração, conforme previsão contida nos transcritos artigos. 18, inciso II e 46 do RPAF/99.

Transcrevendo o art. 2º desse Regulamento, ressalta que o legislador contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do cor

como esquecer os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Salienta que o art. 112 do CTN (Código Tributário Nacional), ao procurar proteger o direito do contribuinte, estabeleceu o princípio do *in dubio pro contribuente*.

Afirma que, tendo em vista que o preposto fiscal tem o seu campo de ação delimitado pela lei, não pode agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, pois tem a função de aplicador das leis. Assim, o funcionário público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar de acordo com o ordenamento determinado pelo legislador.

Utiliza trecho da obra “*Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e Seus Efeitos*”, extraído da Revista dos Tribunais, arguindo que a autoridade fiscal não tem direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse particular no exercício da função. A cobrança dos tributos ao encargo das autoridades fiscais não pode envolver interesses próprios, não sendo o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora da relação jurídica. Assim, o preposto fiscal deve apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos, investigando-os sem interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade.

Ademais, há que ser obedecido o princípio da legalidade objetiva, para que o tributo seja tornado líquido e certo, observando-se, também, o princípio da reserva legal. E, por essa razão, entende que devido aos vícios contidos no Auto de Infração, este resultará nulo ou improcedente.

Tratando sobre o mérito, ressalta que a infração 01 deve ser declarada improcedente, tendo em vista que o autuante transformou aquisição de bens para o ativo imobilizado em aquisição de mercadorias para revenda, modificando a natureza da operação realizada pelo contribuinte, visando imputar uma infração que não foi cometida.

Salienta ter procedido de forma correta, uma vez que informou na DME transmitida em 28/02/2005 (fl. 62) os valores atinentes a essa exigência fiscal como aquisições de material de uso e consumo. Aduz que o autuante se valeu do erro formal, por não ter informado que se tratava de bens para o ativo imobilizado, por não ter encontrado na legislação nenhuma forma de multar o impugnante, que se encontra enquadrado no regime de tributação em função da receita bruta. Afirma que em razão de nessas duas situações ser dispensado o ICMS relativo à diferença de alíquota, o autuante, para arrecadar mais para o Estado, modificou a natureza da operação realizada, imputando uma cobrança indevida, relativa a fato gerador que nunca existiu.

Realça que a despeito da validade e eficácia do ato administrativo estarem condicionadas à existência de motivos reais e idôneos, neste caso a exigência se baseou em fatos inexistentes, pois a operação realizada não foi a indicada pelo autuante, tendo em vista que, de acordo com os transcritos artigos 352-A e 7º, inciso IV, alínea “b” do RICMS/BA, a antecipação parcial ocorre nas entradas de mercadorias para comercialização e não é devido o pagamento da diferença de alíquotas no caso de contribuinte enquadrado no regime de apuração em função da receita bruta.

Afirma que os bens adquiridos se destinaram à montagem de um equipamento de som para aluguel e requer, com base nos artigos 123, §§ 2º e 3º; 145, parágrafo único; 150, incisos I e II e 147, incisos I e II e § 1º, todos do RPAF/BA, a realização de perícia ou diligência, para que esses fatos sejam verificados, haja vista que os bens ainda se encontram na posse do contribuinte.

Anexa às fls. 63 a 74, demonstrativo e cópias reprográficas das notas fiscais contendo os mesmos valores indicados na DME em 28/02/2005, excluindo-se apenas o valor de R\$435,00, relativo à Nota Fiscal nº. 2.790, de 06/08/2004, que gerou um débito de R\$43,50 em 25/09/2004, que reconhece antecipadamente. Lembra que o vencimento do ICMS referente à antecipação parcial é o dia 25 do mês subsequente e não o dia 09, como foi consignado no Auto de Infração.

Ao se reportar sobre a infração 02, argumenta que, apesar de ter sido entregue a pasta contendo todas as notas fiscais ao preposto fiscal, este não averiguou detalhadamente, a fim de localizar os documentos fiscais, optando por imputar a infração de omissão de entradas de mercadorias.

Salienta que se pode observar nos demonstrativos analíticos e nas cópias de todas as primeiras vias das notas fiscais (fls. 75 a 238) que os valores são idênticos aos indicados na DME, para comprovar o equívoco da infração. Acrescenta que ao se confrontar com o trabalho realizado pelo autuante, constata-se que o lançamento contém um patente equívoco, por cobrar imposto sobre mercadorias já declaradas na DME.

Ressalta ser desnecessário tecer maiores comentários sobre a improcedência do lançamento, por reclamar ICMS de bens destinados ao ativo imobilizado de empresa com apuração do imposto em função da receita bruta e por aplicar penalidade formal sobre mercadorias declaradas na DME. Pugna pela improcedência da autuação ou, se assim não entender o órgão julgador, que então seja realizada perícia ou diligência, para o fim de confirmar a permanência dos bens adquiridos, desde quando todos se encontram integrados ao seu ativo imobilizado.

Requer que seja dado provimento à defesa, visando os seguintes objetivos:

- a) julgar o Auto de Infração nulo, uma vez que o contribuinte foi prejudicado em seu direito de defesa, por não ter recebido do autuante o disco de armazenamento de dados, contendo as cópias dos demonstrativos elaborados, na forma do § 3º do art. 8º do RPAF/BA;
- b) julgar o Auto de Infração improcedente pelos motivos apresentados;
- c) na hipótese de ser julgado procedente em parte, seja fixado o débito da infração 01 no valor de R\$43,50, com vencimento em 25/09/2004;
- d) que seja nomeado assistente técnico, caso seja deferido o pedido de perícia pelo CONSEF, quando serão apresentados os quesitos que irão dirimir as dúvidas porventura existentes.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 242/243, quando discordou do argumento do impugnante a respeito da falta de entrega dos demonstrativos em disco de armazenamento de dados, asseverando que os demonstrativos em questão, que se encontram acostados às fls. 12, 13, 24 e 36 são muito pequenos e permitem um fácil entendimento.

No que se refere à alegação de que tinham sido adquiridos bens para o ativo imobilizado, sendo informado na DME que se tratavam de materiais para uso e consumo, entende que o contribuinte está tentando consertar um erro com outro, uma vez que sua atividade principal é o comércio varejista de móveis, sendo o seu nome de fantasia “Móveis e Eletrodomésticos”.

Salienta que as notas fiscais (fls. 25 a 34) se referem às seguintes mercadorias: misturador de áudio (02 peças), Mic. Pro. Din. (17 peças), kit de Mic. para bateria (01 peça), crossover 4 vias (02 peças), equalizador gráfico (04 peças), pedestal para microfone (08 peças), suporte para violão (03 peças), luz estroboscópica (01 unidade), sequenciador de 12 canais (01 unidade), refletor para palco (24 peças), fluido fluorescente (04 unidades), refil para máquina de fumaça (08 unidades), tripé de ferro para iluminação (02 unidades), amplificador para instrumento 140W (03 peças), amplificador para baixo 120V (01 peça), monitor de alta pressão sonora (02 peças), caixa acústica (18 peças), amplificador de potencia 1400W (02 peças), amplificador de áudio 612W (02 peças), painel de força 2 (02 peças), painel de áudio stereo (02 peças), sistema fio UHF 2 antenas (02 peças), alto compressor 4 canais (02 unidades), alto expander 4 canais profissionais (02 unidades), alto alpha Mic (01 unidade), alto alpha Verb (02 unidades), alto tereinator Pro (01 unidade), estante Premium para prato (02 peças), case Strinberg para contrabaixo (01 peça), case Strinberg para violão clássico (01 peça) e pele Premium hidráulica (05 peças).

Afirma que ao se analisar os tipos e a quantidade dessas mercadorias, destinar a casas de shows, bandas musicais, casas noturnas, trios elétricos, ativo imobilizado de uma empresa que se dedica ao comércio varejista

o contribuinte promove shows musicais dentro da loja para seus funcionários e clientes? Entende estar delineado que os equipamentos foram comprados para comercialização. Realça que se os equipamentos ainda se encontram de posse do contribuinte, este fato não é motivo para dispensar a cobrança do ICMS relativo à antecipação parcial. Acrescenta que se os mesmos foram montados para aluguel, isto se constitui em outro agravante, porque, para tanto, o contribuinte deveria ter em seu cadastro na SEFAZ um CNAE de prestação de serviços, o qual inexiste.

Ressalta que a infração 02 foi motivada pela falta de apresentação das notas fiscais, que foram requisitadas junto ao CFAMT e cujas cópias se encontram às fls. 37 a 49. Salienta que no intervalo entre a data para apresentação das notas fiscais, 26/06/2008 (fl. 11), e a data da lavratura do Auto de Infração, 26/08/2008, portanto dois meses, efetuou diversos contatos telefônicos com o contador do contribuinte, sem nenhuma resposta quanto à existência ou não dos documentos fiscais junto ao autuado.

Afiança que a pasta contendo todas as notas fiscais foi devolvida, não existindo dentre elas as notas fiscais objeto desta infração. Argui que a falha da fiscalização consistiu em devolver a pasta sem antes ter relacionado todas as notas fiscais nela existentes, quando deveria tê-la entregue mediante um visto de recebimento.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Considerando as alegações do autuado quanto à infração 01, que os bens se destinaram ao seu ativo imobilizado, para a montagem de equipamento de som para aluguel, encontrando-se em sua posse; considerando que ao atacar a infração 02, o impugnante afiançou que o levantamento se refere a notas fiscais já declaradas na DME: a 1ª JJF diligenciou o processo à ASTEC/CONSEF (fl. 246), para que diligente a ser designado adotasse as seguintes providências:

01 – efetuasse uma verificação no estabelecimento do autuado, para apurar se têm fundamento as alegações de que os materiais adquiridos através das notas fiscais objeto da infração 01 se destinaram ao seu ativo imobilizado, excluindo-as da exigência, se esse fato ficasse comprovado;

02 – verificasse se as notas fiscais correspondentes à infração 02 foram informadas na DME;

03 – elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos relativos aos valores remanescentes para as duas infrações.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos elementos juntados pelo diligente e do Termo de Diligência, sendo informado ao contribuinte quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Nesse caso, o autuante deveria ser cientificado.

Após realizar a diligência, o Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira emitiu o Parecer ASTEC nº 049/2010, informando ter verificado no estabelecimento do autuado, que os materiais adquiridos através das notas fiscais objeto da infração 01 (fls. 25 a 34) se destinaram à utilização em casas de show, bandas musicais, trios elétricos, casas noturnas, etc. E que os mesmos se referem a misturador de áudio, kit de mic, equalizador gráfico, refletor para palco, amplificador para baixo, amplificador de áudio, sistema de fio UHF, painel de força, pedestal para microfone, dentre outras. Conclui que esses materiais não se destinam à comercialização, e sim à utilização em shows, sendo locadas em espaço público.

No que se refere às notas fiscais relativas à infração 02, ressalta ter comprovado que os documentos fiscais foram informados na DME pelo contribuinte, em conformidade com a relação às fls. 75 a 77 e notas fiscais às fls. 78 a 200, anexadas pelo contribuinte.

Concluindo, salienta que, tendo em vista que as mercadorias referentes à infração 01 se destinaram à utilização em casas de show, trios elétricos e bandas musicais, a título de locação, trata-se de questão de mérito, que deverá ser apreciada pelo relator. Já as notas fiscais referentes à infração 02, constatou que foram informadas pelo autuado na DME.

Em conformidade com documentos acostados às fls. 252 a 255, o contribuinte e o autuante foram cientificados a respeito do resultado da diligência, não constando dos autos nenhuma manifestação a respeito.

VOTO

Tendo em vista que o autuado suscitou a nulidade da autuação, sob a justificativa de que o Auditor Fiscal não teria efetuado a entrega dos demonstrativos em disco de armazenamento de dados, na forma prevista no § 3º do art. 8º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o que teria implicado em cerceamento do seu direito de defesa, ressalto que a previsão verificada nesse dispositivo corresponde a uma obrigatoriedade voltada exclusivamente para que a juntada de peças processuais seja efetuada tanto em papel como em disco de armazenamento de dados em arquivo em formato texto ou tabela, contendo a cópia exata da peça apresentada.

Saliento que essa determinação se prende tão-somente à necessidade de que as peças juntadas no processo sejam disponibilizadas nessas duas formas, não significando, entretanto, que a falta de juntada da mídia eletrônica resulte na nulidade do lançamento, desde quando as peças juntadas em papel sirvam para os fins pretendidos. Assim é que, no caso em tela, os demonstrativos se constituem em apenas duas páginas, que se encontram acostadas às fls. 24 e 36, não existindo nenhum grau de dificuldade para o entendimento do seu conteúdo, haja vista que, inclusive, o contribuinte apresentou impugnação, quando contestou todos os elementos que compõem esses demonstrativos. Ademais, a própria peça de defesa foi apresentada sem a juntada de sua versão em meio eletrônico, fato que, igualmente, não impossibilitou o prosseguimento da análise e julgamento processual.

Observo que o Auto de Infração trata de duas imputações, as quais foram impugnadas pelo sujeito passivo. A infração 01 se referiu à falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente à aquisição de mercadorias para fins de comercialização. Realço que tendo em vista que o contribuinte alegou que os bens objeto da exigência fiscal tinham sido adquiridos para integrar o seu ativo imobilizado, destinando-se à montagem de um equipamento de som para aluguel, os quais ainda se encontravam em sua posse, esta 1ª JJF solicitou à ASTEC/CONSEF que, através de diligência, verificasse se os argumentos defensivos tinham pertinência.

Constatou que, após efetuar uma verificação no estabelecimento do autuado, o diligente informou ter confirmado que os materiais objeto desse lançamento, cujas notas fiscais se encontram juntadas às fls. 25 a 34 se destinaram à utilização em casas de show, bandas musicais, trios elétricos, casas noturnas, etc. Acrescentou que os materiais em questão se referem a misturador de áudio, kit de mic, equalizador gráfico, refletor para palco, amplificador para baixo, amplificador de áudio, sistema de fio UHF, painel de força, pedestal para microfone, dentre outras, concluindo que não se destinam à comercialização e sim à utilização em shows, sendo locadas em espaço público.

Concordo com a conclusão apresentada pelo diligente em seu parecer, haja vista que tanto pelo tipo de material, como pela quantidade adquirida, resta comprovado que esses bens não foram destinados à comercialização, tornando descharacterizada a exigência tributária. Ocorre, no entanto, que em relação à Nota Fiscal nº. 002.790, acostada à fl. 35, deve ser mantido o lançamento correspondente, desde quando se trata da aquisição de móveis e a atividade “comércio varejista de móveis”. Noto, ademais, que o próprio imóvel houvera sido adquirida com o objetivo de revenda.

Deste modo, a infração 01 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$43,50, correspondendo ao mês de agosto de 2004, com data de vencimento em 25/09/2004.

Discordo, entretanto, com a multa sugerida para essa infração, no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea “b”, item 1 do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei acima citados, e que representa o percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, importando em descumprimento de obrigação tributária principal.

Cabe registrar que esse entendimento se encontra consubstanciado em recentes decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0255-12/09.

No que se refere à infração 02, que trata da imposição de penalidade em decorrência da omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração de movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte), tendo o autuado argumentado que as notas fiscais arroladas na autuação tinham sido corretamente informadas, no pedido de diligência foi solicitado que se verificasse se assistia razão ao contribuinte.

Ao se pronunciar através do respectivo Parecer Técnico, o diligente ressaltou ter comprovado que todos os documentos fiscais objeto dessa imputação tinham sido devidamente informados na DME pelo contribuinte, fato que comprova as alegações defensivas e torna a infração 02 totalmente descaracterizada.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, com a correção da multa sugerida para a infração 01, de 50% para o percentual de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087281.0007/08-6**, lavrado contra **KAIO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43,50**, acrescido da multa de 60%, prevista inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR