

PROCESSO - A. I. Nº 102148.0029/07-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA.
RECORRIDOS - O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0124-04/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/05/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO 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. O recorrente consegue comprovar que parte das aquisições foram de fato realizadas pelo seu estabelecimento filial. Embora a legislação vede a emissão de carta de correção que implique em mudança de remetente ou do destinatário, nos termos do art. 201, §6º, inciso II do RICMS/BA, desde que haja prova de que, de fato, foi outro o estabelecimento adquirente da mercadoria constante em tais documentos fiscais, não cabe a exigência de imposto do recorrente, pois o descumprimento de obrigação de natureza acessória não pode se transformar em obrigação principal. Infração parcialmente elidida. Decisão modificada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (AUTOPEÇAS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Na revisão fiscal o autuante acolheu a inclusão das notas fiscais de CFOP 1.121, que trata de operação de compra para comercialização, em venda à ordem, não consideradas no levantamento originário e reduziu o montante exigido. Não acolhida a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso

Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão
unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos, respectivamente, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JIF nº 0124-04/10 - lavrado para imputá-lo o cometimento de 6 infrações, sendo objeto de Recurso de Ofício as infrações descritas nos itens 05 e 06, julgadas Procedentes em parte, e do Recurso Voluntário a infração descrita no item 02, julgada Procedente, todas abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Sendo lançado o imposto no valor de R\$6.514,09, acrescido da multa de 60%. Janeiro a abril e dezembro de 2003, e julho e agosto de 2004.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, exercícios fechados, de 2003 e 2004. Sendo lançado o ICMS no valor de R\$89.765,73, acrescido de multa de 70%.

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2003 e 2004. Sendo lançado o ICMS no valor de R\$ 31.417,81, acrescido de multa de 60%.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rechaçou a alegação de nulidade do sujeito passivo, ao argumento de que o PAF está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração. Ainda em preliminar, indeferiu os pedidos de perícia e diligência, sob alegação de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos e que o autuante realizou revisão do seu trabalho, inclusive acolhendo os documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, corrigindo a falha apontada, além do que as provas constantes deste processo seriam suficientes para a formação do seu convencimento.

No mérito, assim se manifestou a Relatora, em síntese, antes consignando que o sujeito passivo reconheceu expressamente o cometimento das infrações 01, 03 e 04, julgando-as, assim, procedentes, e que contestou parcialmente as infrações 05 e 06, nos valores constantes dos demonstrativos de fls. 17 e 18, às fls. 7.932 e 7.933 dos autos:

INFRAÇÃO 2

- I. que a referida infração trata de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, estando correto o procedimento do autuante, verificando-se, ainda, que os dados cadastrais das notas fiscais relacionadas no demonstrativo do autuante são do contribuinte;
- II. que o sujeito passivo para comprovar as suas alegações acostou aos autos cópia de carta de correção emitida por fornecedores, indicando como destinatário seu estabelecimento filial, mudando os dados cadastrais do contribuinte na condição o destinatário originalmente

indicado na nota fiscal, não podendo a mesma ser considerada, haja vista que foi emitida em desacordo com o artigo 201, § 6º, inciso II, do RICMS/BA;

- III. que no presente caso restou comprovado que as mercadorias foram adquiridas pelo sujeito passivo e as cópias de DAE, às fls. 1.506 a 1.523, referentes a 2003 e 2004, não comprovam o pagamento do imposto objeto da autuação, sendo que a única nota fiscal 4084 que teve o imposto pago é da sua filial, não pertencendo ao estabelecimento autuado, sendo assim subsistente a referida infração;

INFRAÇÕES 5 E 6 –

- I. que o contribuinte reconheceu parte dos seus valores e apresentou contestação em relação ao lançamento relativo às notas fiscais com CFOP 1.121, que trata de operação de compra para comercialização, em venda à ordem, não incluídas no levantamento quantitativo de estoque;
- II. que o autuante demonstrou ter sentido dificuldade em incluir em seu levantamento tais notas fiscais através do aplicativo SAFA, resultando entradas de mercadorias sem documentação fiscal, indevidamente, razão das diferenças apuradas;
- III. que na informação fiscal o autuante constatou a procedência da reclamação do contribuinte pela falta de inclusão das mencionadas notas fiscais em seu levantamento fiscal, efetuando revisão fiscal dos seus trabalhos e, após cotejamento dos documentos fiscais com os demonstrativos apresentados pelo contribuinte, acolheu os novos valores reconhecidos pela defesa, reduzindo os montantes exigidos na infração 05, em 2003 de R\$75.934,03 para R\$10.126,35 e em 2004, de R\$13.831,70 para R\$548,98;
- IV. que em relação à infração 06, o autuante reduziu os valores lançados em 2003 de R\$26.576,69 para R\$3.544,22, e em 2004, de R\$4.841,12 para R\$192,14;
- V. que concorda plenamente com a revisão fiscal realizada pelo autuante e com o acolhimento dos novos valores apurados, conforme demonstrativo que elabora, e que o sujeito passivo recebeu cópia da informação fiscal com o resultado da revisão realizada, assim como tomou ciência da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, manifestando-se no sentido de que o autuante reconheceu que estavam corretas as alegações defensivas, porque acolheu os valores apresentados pelo contribuinte;
- VI. que, assim, constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal (infração 5) e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo (infração 6), restando as referidas infrações elididas parcialmente, devendo ser homologado o valor pago.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 9.608 a 9.611 – onde, após ratificar todos os termos da sua Impugnação e da contestação ao resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, contesta a manutenção da infração descrita no item 02 da autuação aos seguintes argumentos:

- I. que as mercadorias que comercializa são submetidas ao regime de substituição tributária e que, por isso, não pode aceitar a imposição de cobrança de imposto sobre mercadorias que não adentraram em suas instalações, e nem foram por ele comercializadas;
- II. que, desde a defesa informa que seus fornecedores confundiram dados do ora recorrente com os dados da sua filial à Av. Vasco da Gama, comprovando com a anexação os autos das cartas de correções e declarações de alguns destes fornecedores com reconhecimento dos lapsos cometidos, nominando cada nota fiscal que deu origem a suposta infração, além de anexar DAE's referentes a notas fiscais que efetivamente adentraram na empresa;

- III. que os DAE's não foram nominados em link com as notas fiscais que deram origem a autuação, pois o imposto devido era pago "em bloco", mas que na defesa e posterior contestação à diligência suscitada pelo relator de Primeira Instância, requereu perícia e/ou diligência por fiscal estranho ao feito, em face dos vícios que se vislumbra no lançamento, para que, *in loco*, o auditor fiscal que fosse designado para tal tarefa pudesse comprovar a veracidade dos fatos através de todos os dados disponíveis da sua escrita fiscal e contábil;
- IV. que ainda na mesma ocasião da lavratura do presente lançamento, houve, também, lavratura contra sua filial, através do Auto de Infração nº 102148.0030/07-1, dentro das mesmas acusações existentes no Auto de Infração que deu origem ao acórdão ora contestado, pronunciando-se a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF nº 0372-12/09, cuja ementa transcreve, pela nulidade da Decisão da JJF;
- V. que, assim, conclui pela homologação da parte reconhecida e pela nulidade das demais acusações, ou pela decretação da improcedência do item 02 e das "multas sobre infrações acessórias".

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 9.618 a 9.620, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão ora recorrido, ao tempo que assevera não haver qualquer nulidade a contaminar o presente lançamento de ofício. Assevera, ainda, que as cartas de correção anexadas aos autos não têm o condão de descaracterizar a autuação, porquanto não são admitidas correções que impliquem em mudança do remetente ou destinatário. Refutou o pedido de diligência e/ou perícia comungando do entendimento exarado pela JJF no sentido de que os elementos probatórios constantes dos autos revelam-se suficientes à formação da convicção dos julgadores.

Ainda consignou que a alegação da lavratura de Auto de Infração contendo as mesmas infrações contra seu estabelecimento filial não se fez acompanhar de prova capaz de sustentá-la

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, cabível diante da desoneração parcial dos valores inicialmente exigidos quanto às infrações descritas nos itens 5 e 6 da autuação, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 2003 e 2004, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida, visto que tal fato decorreu da não inclusão, por parte do fiscal autuante, no referido levantamento quantitativo, de produtos constantes de notas fiscais de entrada com CFOP 1.121, Compra para Comercialização em Venda à Ordem, bem como de equívocos na nomenclatura de alguns produtos. Reconhecendo tal equívoco, alegado na peça defensiva pelo sujeito passivo e objeto de diligência requerida pela JJF, o autuante refez o levantamento quantitativo para os exercícios objeto da autuação, incluindo tais notas fiscais e efetuando a correção do quantitativo em relação a alguns produtos cuja nomenclatura estava incorreta, após analisar as declarações dos fornecedores explicitando tais equívocos – conforme fls. 9.559 a 9.561 - o que importou na redução do quantum originariamente exigido, na forma do demonstrativo que elaborou às fls. 9.562 e 9.567, acatado pelo Relator de Primeira Instância.

Quanto ao Recurso Voluntário, o recorrente de forma genérica suscita nulidade da parte não contestada. Como bem consignou a PGE/PROFIS, não há no presente lançamento de ofício qualquer mácula que o inquene de nulidade; o contribuinte se defendeu de forma ampla de todas as infrações que contestou, inclusive lhe tendo sido oferecido mais trinta dias de prazo para defesa, além do que as infrações que lhe foram imputadas estão perfeitamente descritas, assim como determinado o seu montante.

Também não merece guarida o pedido de "improcedência das multas sobre infrações acessórias", visto que as infrações que lhe foram imputadas por descumprimento de obrigações acessórias, descritas nos itens 1 e 4 foram por ele reconhecidas e pagas, conforme expressamente consigna em sua peça defensiva, o que acarreta a extinção do crédito tributário correlato.

Em relação ao pedido de improcedência da infração descrita no item 2 da autuação - onde se imputa ao recorrente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de janeiro a abril e dezembro de 2003, e julho e agosto de 2004, com exigência de imposto no valor de R\$6.514,09 – entendemos que merece parcial acatamento as razões recursais.

E, de fato, ao analisarmos o argumento apresentado desde a defesa por parte do contribuinte, e repetido na peça recursal, no sentido de que algumas notas fiscais foram emitidas com os dados incorretos, pois em verdade foram adquiridas pelo seu estabelecimento filial – CNPJ nº 15.655.319/0003-94, IE nº 002.252.714 - conforme cartas de correção que acostou aos autos, entendemos que, embora a legislação de fato vede a emissão de carta de correção que implique em mudança de remetente ou do destinatário, nos termos do art. 201, §6º, inciso II do RICMS/BA, citado e transcrito no voto do Relator de Primeira Instância como base para manter *in totum* a exigência fiscal, desde que haja prova de que, de fato, foi outro o estabelecimento adquirente da mercadoria constante em tais documentos fiscais, não cabe a exigência de imposto do recorrente, pois o descumprimento de uma obrigação acessória não pode se transformar em obrigação principal, cabendo a verificação junto ao estabelecimento filial, de fato, adquirente das mercadorias em apreço, se houve o recolhimento do imposto devido.

Neste sentido, quanto aos documentos fiscais em que o sujeito passivo comprova o correlato registro no livro de Registro de Entrada do seu estabelecimento filial – Notas Fiscais nºs 3889, 5722, 4.084, 176.727, 143.298, 41.137, 41.138, 5.092 (exercício de 2003) e Notas Fiscais nºs 117.821, 801 e 107.313 (exercício de 2004), deve ser afastada a exigência fiscal. Registre-se que o próprio autuante comprova os referidos registros – vide sua manifestação na diligência que efetuou a pedido da JJF, às fls. 9.562 a 9.567, mas manteve a exigência.

Registre-se que, em relação à Nota Fiscal nº 4.084, além da comprovação do Registro no Livro RE do estabelecimento filial, o recorrente comprova o pagamento do imposto devido por parte da sua filial, conforme DAE que anexou aos autos, às fl. 9.452, o que foi ratificado pelo próprio autuante, embora não aceita sua exclusão.

Por outro lado, quanto às Notas Fiscais de nºs 102.276 e 66.301, que o próprio sujeito passivo confirma que lhe pertence de fato – e cujo registro consta no seu LRE – como não houve prova do pagamento do imposto exigido, deve ser mantida a exigência quanto a estas.

Em relação ao argumento do recorrente de que seu estabelecimento filial foi autuado em relação à mesma matéria, como bem frisou a PGE/PROFIS, o recorrente não logrou comprovar tal assertiva.

Do exposto, somos pela modificação da Decisão recorrida para afastar a exigência de imposto devido a título de substituição tributária em relação aos documentos fiscais acima citados, o que nos leva a votar pela Procedência em Parte da infração descrita no item 2, conforme demonstrativo abaixo:

N.FISCAL	VENCIMENTO	B.CÁLCULO (R\$)	ALIQ.%	MULTA %	VLR. EM REAL (R\$)
102.276	09/02/2003	543,58	17	60	92,41
66.301	09/09/2004	5.122,70	17	60	817,08
TOTAL					R\$909,49

Registre-se que na assentada do julgamento do presente lançamento de ofício, a Conselheira Alessandra Brandão declarou-se impedida de discutir e votar o processo, nos termos do art. 40 do Regimento deste Conselho de Fazenda Estadual, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, diante do fato do procurador do contribuinte autuado ser seu genitor.

Diante das razões acima aduzidas, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, modificando a Decisão recorrida quanto ao item 2 da autuação, para julgar Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102148.0029/07-3**, lavrado contra **O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.785,18**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.109,85 e 70% sobre R\$10.675,33, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$408,08**, previstas no artigo 42, incisos XI e XXII, da já citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URANIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTI-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS