

**A. I. Nº** - 232185.0006/09-3  
**AUTUADO** - COSTA SOUZA AUTOPEÇAS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCOS GOMES LOPES  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 29.03.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/11**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a.1) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a.2) CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. É legal a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária, nos termos do art. 23, II, “b” da Lei nº 7.014/96. O sujeito passivo comprovou o pagamento prévio de alguns valores exigidos. Infrações 01 e 03 parcialmente elididas após revisão fiscal. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b.1) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. b.2) CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. É legal a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária, nos termos do art. 23, II, “b” da Lei nº 7.014/96. Devidamente comprovado o pagamento a menos nos meses de junho e novembro de 2007. Infrações 02 e 04 caracterizadas. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DADOS INCORRETOS. MULTA. Não apresentados, nos autos, os elementos de prova que consubstanciaram a acusação. Infração 05 declarada nula, de ofício. 3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE ENTREGA DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO, NÃO OBSTANTE INTIMAÇÕES NESSE SENTIDO. MULTA. Restou comprovada a falta de apresentação de todos os livros e documentos fiscais requeridos nas intimações, o que implica na aplicação da multa prevista no art. 42, XX, “c” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 1.380,00. Infração 06 caracterizada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/06/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$ 127.330,26, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo relacionadas.

- 1- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 78.339,05 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do tributo por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 182,13 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

- 3- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 8.930,04 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 4- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 2.496,87 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 5- Omissão de entradas de mercadorias na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Multa de 5%, no valor de R\$ 35.942,17, prevista no art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96.
- 6- Falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$ 1.440,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 493 a 496.

Após elaborar uma síntese das infrações, afirma que as mesmas estão em descompasso com a realidade fática e com o ordenamento jurídico tributário.

Inicialmente, informa que anexou ao PAF cópias de diversas notas fiscais (com os documentos de arrecadação estadual respectivos), cujo imposto foi tido como não pago, o que diz não ser verdade.

Em seguida, assinala que também acostou aos autos diversas notas fiscais, cujo imposto não pagou em função da crise financeira que atravessa. Com relação ao débito referente às operações designadas nessas notas, entende que é devido. Todavia, no que tange às demais notas, registra que não realizou as aquisições apontadas no Auto de Infração. Prova disso seria a ausência no processo dos canhotos dos referidos documentos e de carimbo de postos fiscais de qualquer ente da Federação, comprovando o efetivo recebimento dos produtos.

Entende que os valores dos documentos fiscais que não foram anexados por si à peça de defesa devem ser retirados do levantamento do débito, tanto da obrigação principal quanto da acessória da infração 05.

Mostra-se inconformado também com a infração 06, pois a acusação seria falsa, tanto que o lançamento de ofício tomou por base os livros e documentos que foi registrado não terem sido entregues à fiscalização.

Transcreve o art. 155, II, parágrafo 2º, XI da Constituição Federal e cita o parágrafo 2º do art. 13 da LC 87/96, para aduzir que o ICMS não compreenderá em sua base de cálculo o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produtos destinados à comercialização ou industrialização, configure fato gerador dos dois impostos.

Por fim, conclui requerendo a modificação do lançamento, para que sejam excluídos os valores já pagos e aqueles relativos às notas fiscais não anexadas à defesa, seja afastada a infração 06 e o IPI da base de cálculo do ICMS.

À fl. 573, o autuante junta informação fiscal, onde aduz que, após exame, constatou que procede em parte as alegações defensivas, excetuando-se os documentos fiscais relativos a junho de 2007. O total dos valores recolhidos através de DAE (fls. 498, 508, 513, 516 e 519) perfaz a quantia de R\$ 4.032,62. *“Contudo, conforme fl. 23 da planilha, evidencia-se que foi constatado como total recolhido R\$ 4.805,42, sobre um montante devido de R\$ 4.987,55, persistindo, portanto, um saldo de ICMS a recolher de apenas R\$ 182,13”* (alguns documentos de arrecadação estadual juntados já haviam sido computados como pagos).

Refaz os cálculos relativos às infrações 01, 02, 03 e 04 (fls. 574 a 584) e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal e de seus novos levantamentos (fl. 586), o autuado ingressa com manifestação às fls. 588 a 591, onde repete os exatos termos da peça defensiva.

O autuante ingressa com nova informação fiscal à fl. 594, destacando que foram retificadas as planilhas referentes ao imposto cobrado por antecipação tributária cujos valores já haviam sido recolhidos (fls. 574 a 584).

De acordo com o seu entendimento, não prospera a alegação defensiva de que não houve aquisição de parte das mercadorias designadas nas notas fiscais que consubstanciam as infrações, pois os documentos fiscais foram obtidos junto aos fornecedores.

O contribuinte, segundo aduz, não entregou os livros Caixa, Registro de Entradas e de Inventário, embora tenha sido intimado duas vezes para fazê-lo (fls. 10 a 13, que são as intimações e os termos de arrecadação de livros e documentos).

Afirma que o IPI, de acordo com o art. 23, II, “b” da Lei 7.014/96, deve integrar a base de cálculo do ICMS.

Retificados os débitos das quatro primeiras infrações, requer a procedência em parte da autuação.

Na pauta de 13 de abril de 2010, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal julgou o lançamento de ofício procedente em parte (fls. 572 a 603).

Devidamente intimado (fls. 608, 610, 611 e 613), o contribuinte ingressou, às fls. 615 e 616, com recurso ao qual deu o nome de “*embargos de declaração*”, mas que, com fundamento nos princípios da fungibilidade dos recursos, da instrumentalidade das formas e da economia processual (fl. 628), foi recebido na forma prevista no RPAF/99 como recurso voluntário.

Tendo em vista a omissão no julgamento de 1ª instância quanto à questão da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, com espeque no art. 155, II, parágrafo 2º, XI da Constituição Federal c/c o parágrafo 2º do art. 13 da LC 87/96, pugna pela modificação do Auto de Infração, com o fim de ser retirado o imposto federal da base de cálculo do tributo estadual.

Às fls. 621 e 622, a Procuradoria do Estado exarou Parecer no sentido de recebimento da peça como recurso voluntário, de provimento para decretar a nulidade da decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal e de decisão fundamentada da questão omitida no Acórdão recorrido.

Através do Acórdão CJF 0315-12/10 (fls. 625 a 629), a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal comungou com o entendimento constante no mencionado parecer e anulou a decisão de 1ª instância, para que todas as questões suscitadas no processo fossem apreciadas, nos termos art. 155 do RPAF/99.

O contribuinte foi devidamente notificado da decisão da Câmara, conforme documentos de fls. 636 e 637.

## VOTO

Constato, após a leitura dos documentos de fls. 68 a 489, que a sua quase totalidade é composta de cópias de notas fiscais de operações de aquisição interestadual, onde não constam carimbos de postos fiscais dos trajetos ou assinatura de representante do destinatário, o que, por si só, não constitui prova definitiva e irrefutável de que os respectivos produtos ingressaram no estabelecimento autuado.

Entretanto, antes de aventar qualquer vício que possa ensejar nulidade em virtude deste fato, há alguns aspectos nos autos que reclamam uma análise pormenorizada.

Os referidos documentos consubstanciaram as infrações 01 a 04, sendo que o contribuinte – no que se refere às mesmas -, apesar do acima exposto, alegou que: (i) algumas dessas compras tiveram o respectivo gravame tributário pago (fls. 497 a 538); (ii) as obrigações tributárias principais concernentes às outras aquisições, dentre as designadas no lançamento, não foram

pagas por falta de condições financeiras (fls. 539 a 569); e (iii) não comprou as mercadorias constantes dos documentos fiscais a que não se referem os dois itens anteriores.

Compulsando o processo, observei que grande parte das notas fiscais relativas às compras que o sujeito passivo disse que não efetuou foram emitidas pelas mesmas pessoas jurídicas que forneceram as mercadorias designadas nas notas de fls. 497 a 569, trazidas ao PAF pelo próprio contribuinte. Por exemplo: o fornecedor destacado nos documentos de fls. 274 a 282, 294 a 305 e 318 a 326 é o mesmo daquele de fls. 554 a 556. Idêntica situação se constata nas cópias de notas fiscais de fls. 357/358 e 552.

Do quanto aduzido, concluo que as cópias reprográficas dos documentos fiscais colacionados são provas suficientes das aquisições das mercadorias. Por essa razão, não merece albergue a pretensão do autuado de que os valores dos documentos fiscais que não foram anexados por si à peça de defesa sejam retirados do levantamento do débito, tanto da obrigação principal quanto da acessória da infração 05.

Não há mácula de nulidade no processo, pois não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, recurso, informação fiscal, parecer e decisões já exaradas, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

O art. 23, II da Lei nº 7.014/96 estabelece que para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

*II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

*a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*

*b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*

*(...).*

Com relação à não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o art. 155, parágrafo 2º, XI, CF/88, prevê essa situação quando a operação for realizada entre contribuintes, relativa a produtos destinados à industrialização ou comercialização.

Todavia, o ICMS apurado nas infrações 01 a 04 é o devido por substituição tributária, incidente nas operações subseqüentes destinadas a não contribuintes do imposto.

Com base no dispositivo legal acima transcrito, concluo que, no presente caso, é legal e pertinente a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

O autuante, no que diz respeito ao imposto cobrado por antecipação tributária cujos valores já haviam sido recolhidos (comprovantes às fls. 498, 508, 513, 516 e 519), revisou os cálculos das mencionadas infrações (01 a 04) nos demonstrativos de fls. 574 a 584. Constatou a procedência das alegações defensivas, com exceção daquelas referentes a junho de 2007 (infração 02, fls. 23 e 583), período em que o autuado comprovou o pagamento prévio no montante de R\$ 4.805,42 contra um débito de R\$ 4.987,55, resultando no valor exigido de R\$ 182,13.

Assim sendo, a infração 02 não sofreu mudança após a revisão, bem como a infração 04, pois não foram apresentados os documentos respectivos.

Caracterizadas as infrações 02 e 04.

Registre-se que o documento de arrecadação estadual de fl. 498 traz no campo "REFERÊNCIA" o mês de maio de 2007. Entretanto, o valor no mesmo consignado, nos novos cálculos, foi abatido no débito do mês seguinte, pelo fato de os documentos fiscais designados no campo "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES" terem sido originariamente lançados em junho desse mesmo ano, conforme levantamento de fl. 23.

Após a revisão fiscal de fls. 574 a 584, a infração 01 ficou diminuída de R\$ 78.339,05 para R\$ 73.513,52 (lançamentos de fls. 574 a 582).

A infração 03 passou de R\$ 8.930,04 para R\$ 7.939,41 (lançamentos de fls. 583 a 585, com exceção daqueles relativos a junho e novembro de 2007, uma vez que são referentes às infrações 02 e 04, não modificadas).

Acato a revisão efetuada pelo autuante às fls. 574 a 584, de maneira que a infração 01 fique reduzida de R\$ 78.339,05 para R\$ 73.513,52, nos termos dos lançamentos de fls. 574 a 582; e a infração 03 de R\$ 8.930,04 para R\$ 7.939,41, conforme levantamentos de fls. 583 a 585, com exceção daqueles relativos a junho e novembro de 2007, pois dizem respeito às infrações 02 e 04, não modificadas.

Infrações 01 e 03 parcialmente elididas.

Quanto à infração 05, o contribuinte foi acusado de omitir entradas de mercadorias nas informações prestadas nas DME. Consta na descrição dos fatos que se refere à entrada de mercadorias cujas notas fiscais não foram apresentadas e não integram as compras informadas nas DME.

Constato que o autuante elaborou levantamento de NF às fls. 59 a 67. Entretanto, não foram juntadas ao PAF nem as DME, nem a relação das NF que totalizaram o montante da DME.

Portanto, a infração é uma presunção do autuante, posto que não trazidas provas de que as NF relacionadas não constaram das DME.

Infração 05 declarada nula, de ofício.

Represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Quanto à infração 06, restou comprovada a falta de apresentação de todos os livros e documentos fiscais requeridos nas intimações de fls. 10 e 11, o que implica na aplicação da multa prevista no art. 42, XX, “c” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 1.440,00.

Infração 06 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 85.571,93.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0006/09-3**, lavrado contra **COSTA SOUZA AUTOPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 84.131,93**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.440,00**, prevista no art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR