

PROCESSO	- A. I. Nº 157064.0004/06-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MELHOR DISTRIBUIÇÃO DE CHARQUE LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0035-03/12
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 22/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0323-12/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante, o débito ficou reduzido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31 de março de 2006, com exigência de R\$684.630,77 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00, através do Acórdão JJF Nº. 0035-03/12 (fls. 884 a 901), pela constatação de cinco infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Débito no valor de R\$146.065,18, além da multa de 60%, fatos verificados no período de janeiro de 2002 a junho de 2005.

Infração 02: Recolhimento do ICMS por antecipação efetuado a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação enquadradas no regime

de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, no valor de R\$6.007,69, acrescido da penalidade de 60%, ocorrência constatada no período de janeiro a setembro de 2002.

Infração 03: Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, sendo exigida a multa de R\$50,00.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Valor total do débito monta R\$459.058,54, e multa de 70%.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005. Valor do débito: R\$73.449,36, multa proposta de 60%.

Assim se posicionou o órgão de primeiro grau em sua Decisão:

“Quanto às alegações defensivas, foram determinadas por esta Junta de Julgamento Fiscal a realização de diligências para que fossem realizadas as necessárias retificações e inclusões de notas fiscais não consideradas no levantamento original, sendo fornecidas ao defendant cópias dos documentos e demonstrativos que embasaram a autuação, com reabertura do prazo de defesa, a exemplo da intimação à fl. 741 do PAF.

O autuado também alegou falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal. Entretanto, constato que o defendant entendeu a autuação fiscal e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, por isso, considero superada esta alegação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à reabertura do prazo de defesa, tal providência foi adotada pela repartição fiscal, após o cumprimento das diligências determinadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido expedidas intimações ao autuado constando a reabertura do prazo de trinta dias para nova manifestação.

No mérito, a primeira infração se refere à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

O autuado contestou a exigência do imposto, negando o cometimento da irregularidade apontada, apresentando diversos comprovantes de recolhimento do ICMS, sendo refeitos os cálculos pelo autuante e, posteriormente, por preposto da ASTEC.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 68/2009 (fls. 723 a 728), em cumprimento à diligência solicitada, quanto à primeira infração, a diligente informou que foram apresentados os documentos solicitados, tendo sido realizados os ajustes no levantamento fiscal conforme discriminados nas fls. 724/725, apurando o débito total no valor de R\$12.344,65 (conforme demonstrativo à fl. 727 dos autos), sendo R\$4.920,65 de imposto, e uma multa no valor de R\$7.424,00, referente às NFs 16335 e 16336 não lançadas nos livros fiscais, cuja penalidade foi incluída pelo autuante quando prestou a informação fiscal e elaborou o demonstrativo de débito à fl. 680 do PAF.

Analisando as conclusões da ASTEC em confronto com as alegações do autuado 644 a 670 dos autos, constato que o defendant reconheceu o débito em relação aos meses de julho de 2002 (R\$105,04), setembro de 2004 (R\$102,36) e junho de 2005 (R\$2.920,48), discordando das cobranças relativas aos meses janeiro de 2002 (R\$1.706,43) e março de 2002 (R\$86,34).

Quanto ao mês de janeiro de 2002, o valor de R\$1.706,43, foi confirmado no PARECER ASTEC com a informação de que no DAE à fl. 295 do PAF encontra-se um carimbo da SEFAZ DAT SUL com a data de 19/01/2001, ou seja, um ano antes da ocorrência do fato gerador, concluindo-se que o pagamento alegado não tem relação com o débito exigido.

Em relação ao valor de R\$86,34, referente a março/02, foi informado e está comprovado por meio da cópia da GNRE à fl. 297 que não consta o número da NF 50.533, objeto da autuação.

Quanto à multa pela falta de registro das Notas Fiscais 16335 e 16336, no valor de R\$7.424,00, cuja penalidade foi incluída pelo autuante quando prestou a informação fiscal e elaborou o demonstrativo de débito à fl. 680 do

PAF, entendo que não deve prevalecer a exigência da multa, haja vista que é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, e a irregularidade citada pelo autuante não constou no lançamento original.

Acato as conclusões apresentadas no PARECER ASTEC Nº 68/2009 (fls. 723 a 728), e concluo que é devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pela diligente à fl. 727 do presente PAF, totalizando R\$4.920,65. Infração subsistente em parte.

Infração 02: trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária relacionadas no anexo 69 e 88 do RICMS-BA.

No PARECER ASTEC Nº 68/2009 (fls. 723 a 728), a diligente informou que o autuado, na fl. 701, após a informação fiscal, reconheceu o débito retificado pelo autuante, no valor de R\$5.116,82, conforme demonstrativo à fl. 680.

Concluo pela procedência parcial desta infração no valor de R\$5.116,82 (demonstrativos às fls. 680 e 727), considerando as conclusões apresentadas pela ASTEC e inexistência de divergência entre autuante e autuado após as informações fiscais de manifestações do deficiente.

Infração 03: Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, sendo exigida a multa de R\$50,00. Autuado não contestou, por isso, concluo pela procedência desta infração, tendo em vista que inexiste controvérsia.

As infrações 04 e 05 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, sendo apurado:

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005.

Considerando as alegações defensivas, foram realizadas diversas diligências fiscais, inclusive por preposto da ASTEC, sendo refeitos os cálculos pelo autuante, que na última informação fiscal às fls. 867/871 dos autos, disse que, após analisar os documentos acostados ao presente PAF, constatou que os mencionados documentos atestam a veracidade das alegações defensivas. Acatou as alterações solicitadas na manifestação do autuado, exceto em relação às quantidades do mês 10/2005, conforme os relatórios às fls. 864/866. Concluiu pedindo a exclusão da infração 05, relativamente ao exercício de 2005.

Vale salientar, que à fl. 875 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, e não se manifestou.

Após as diversas diligências realizadas e refazimento dos cálculos pelo autuante com manifestações apresentadas pelo deficiente, chego às seguintes conclusões:

1. Quanto ao exercício de 2002 foi apurado pelo autuante o débito de R\$ 1.273,05 (infração 04) e R\$384,74 (infração 05), conforme fl. 680, valores que foram reconhecidos pelo autuado (fls. 710 e 712).
2. No exercício de 2003, a diferença apurada é de omissão de entradas de 85 caixas da mercadoria CHARQUE, o ICMS normal devido é de R\$ 1.044,59 (infração 04) e o imposto relativo à antecipação tributária é de R\$167,13 (infração 05), valores que o deficiente reconhece como devidos (fls. 710 e 712).
3. Quanto ao exercício de 2004, a diferença apurada é de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis (charque), inexistindo imposto a ser cobrado, conforme último levantamento fiscal à fl. 843. A multa pela omissão de saída de mercadoria sujeita à substituição tributária já foi aplicada na infração 03.
4. Em ao exercício de 2005, concordo com a alegação do deficiente de que a mercadoria (CHARQUE), a partir da publicação do Decreto 9.547 de 20/09/2005, foi excluída do regime de substituição tributária e, com a publicação da Lei nº 9.733 de 28/12/2005, esta mercadoria passou a ter a redução da base de cálculo no percentual de 58,824%. Portanto, apesar de o autuante ter solicitado a exclusão desta infração, o autuado reconhece o imposto devido com Base de Cálculo de R\$ 4.873,44 que aplicado o redutor de 58,824% fica reduzida para R\$ 2.066,68 que aplicada à alíquota de 17% obtém-se o ICMS devido de R\$ 341,14. Assim, concludo pela permanência do débito somente na infração 04, no valor reconhecido pelo deficiente e exclusão do imposto exigido na infração 05.

As infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória.

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 04), conforme art. 10, inciso I, alínea "a", Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (Infração 05), conforme art. 10, inciso I, alínea "b", Portaria 445/98.

Concluo pela subsistência parcial das infrações 04 e 05, de acordo com o quadro abaixo, elaborado com base na última revisão efetuada pelo autuante e observações efetuadas neste voto:

ANO	Infração 04	Infração 05
2002	1.273,05	384,74
2003	1.044,59	167,13
2005	341,14	-
TOTAL	2.658,78	551,87

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO N°	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	4.920,65	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	5.116,82	-
03	PROCEDENTE		50,00
04	PROCEDENTE EM PARTE	2.658,78	-
05	PROCEDENTE EM PARTE	551,87	-
TOTAL	-	13.248,12	50,00

Frente à sucumbência da Fazenda Pública Estadual, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão, 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 outubro de 2000.

VOTO

Analisando o Recurso de Ofício, vemos que as infrações 1, 2, 4 e 5 são objeto do mesmo, a saber:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA;

Infração 02: Recolhimento do ICMS por antecipação efetuado a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA;

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002, 2003 e 2004;

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005;

Diante de tais infrações, o exame da matéria em questão demanda apenas e tão somente, análise de matéria de fato, vez se tratar de questão eminentemente fática, e consequentemente, demandar a necessária prova material. Ao longo do curso do processo foram realizadas diversas diligências, vide fls. 680 a 681, 723 a 728, 776, e mais do que isso, diversas manifestações, tanto do autuante, quanto do sujeito passivo (fls. 644 a 670, 674 a 675, 686 a 714, 743 a 767, 815 a 829, 867 a 871), à vista de fatos, alegações, e documentos trazidos ao processo, sempre no sentido de se

buscar a verdade material, objetivo maior deste julgamento, tendo como consequência o fato do processo ter demorado mais de seis anos até chegar a esta instância administrativa.

Sabido é que a verdade material é princípio basilar do processo administrativo fiscal, e a sua busca deve ser empreendida de forma incansável. E esta busca foi empreendida pelo órgão de primeiro grau, tendo, como repercussão a substancial redução dos valores de imposto constantes entre o lançamento original (R\$684.630,77) e o julgado (R\$13.248,12), fruto, reitere-se de sucessivas diligências e manifestações, e em função de argumentos, e, sobretudo, documentos trazidos ao feito pelo sujeito passivo, e com a concordância do autuante, diga-se de passagem. Assim, não resta a esta CJF, diante das provas dos autos, outra Decisão que não seja no sentido de manter o julgamento como realizado, e NÃO DANDO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, e mantendo a Decisão anteriormente prolatada, e tornando-a definitiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 157064.0004/06-5, lavrado contra MELHOR DISTRIBUIÇÃO DE CHARQUE LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$13.248,12, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.589,34 e 70% sobre R\$2.658,78, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00, prevista no artigo 42, XXII, da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores eventualmente já recolhidos

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

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