

A. I. Nº - 023644.0565/10-7
AUTUADO - RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S/A.
AUTUANTE - JOELSON OLIVEIRA SANTANA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 29.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-05/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração comprovada. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. Infração não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2011, exige ICMS no valor de R\$86.784,46, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor Histórico: R\$14.822,83 – Multa de 60% - 06.02.01;
2. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Valor Histórico: R\$71.961,63 – Multa de 60% - 02.10.01.

O autuado apresenta defesa, fls. 376/383, aduz que foi infringido o art. 5º, I, do RICMS/BA e que a incidência da alíquota cheia de 17%, prevista no art. 50, I, e alíneas, do RICMS, não pode prosperar, uma vez que se trata de diferencial de alíquotas, em operações interestaduais, padecendo o demonstrativo de outra gritante irregularidade, qual seja, a não identificação das notas fiscais em que está fundada a infração, posto que: “*a) o diferencial de alíquota varia de Estado para Estado da Federação, sendo que em alguns a alíquota interestadual é de 7%, em outros de 9%, em outros de 12%, o que impossibilita da forma demonstrada pelo autuante a operação do diferencial de alíquota; b) não consta do demonstrativo elaborado pelo autuante a identificação das notas fiscais, que geraram a base de cálculo sobre a qual se pretende o diferencial de alíquota, o que torna impossível de ser liquidado o crédito tributário pretendido*”.

Cita o art. 69 do RICMS/BA em relação à segunda infração, e assevera que não é o responsável pelo recolhimento do imposto diferido, de que trata a espécie e reproduziu também o art. 342 do mesmo regulamento, diz que o responsável tributário seria aquele que fosse o “*adquirente ou destinatário da mercadoria ou do bem, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior*”, o que não é o caso dos autos, pois os produtos adquiridos não são em nome do autuado e, sim, de terceiros, que são responsáveis pela preparação de refeições fornecidas, e na condição de adquirente dos produtos industrializados, ou seja, refeições servidas aos seus funcionários, não se subsume à responsabilidade tributária, uma vez que não é diretamente compradora dos produtos agropecuários de que trata a espécie.

Aponta que o demonstrativo acostado pelo autuante ao Auto de Infração não identifica as notas fiscais, objeto das operações, no período fiscalizado de fevereiro/2006 a janeiro/2011, a fim de que: “*a) fosse aferida a base de cálculo apresentada pelo autuante em relação a cada período*

fiscal; b) fosse aferida a procedência das mercadorias, se de operações internas ou interestaduais, a fim de ter-se a dimensão da alíquota incidente”, reproduziu o art. 65, incisos I e II, parágrafo único do RICMS, no intuído de convencer sobre as variáveis da base de cálculo. Complementou a sua argumentação com a transcrição do art. 56, IV, “a” e “b” do mesmo regulamento, tais regras comprovam, que o demonstrativo acostado pela fiscalização é carente para se aferir não somente o fato gerador do ICMS, no caso, como também a base de cálculo e a alíquota correspondente, justamente pelo fato de não ter identificado as notas fiscais objeto das operações, o que também se comprova a violação do art. 142, parágrafo único do CTN, que cita.

Transcreve ensinamentos e conceitos da tipicidade em direito tributário de CLEIDE PREVITALLI CAIS (O Processo Tributário, Editora Revista dos Tribunais, págs. 130/131) e pergunta que no lançamento tributário, a autoridade administrativa está adstrita ao disposto no parágrafo único do art. 142, do CTN, sendo é uma atividade conceituada pela doutrina: “a) Vinculada é: “a atividade que não pode se separar da legalidade, tanto no que respeita ao conteúdo, quanto à forma.” (Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 14ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p. 223); b) Vinculada e obrigatória: “Tomando conhecimento do fato gerador da obrigação principal, ou do descumprimento de uma obrigação tributária acessória..., a autoridade administrativa tem o dever indeclinável de proceder ao lançamento tributário.” (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 12ª edição, Malheiros, 1997, p 120)”, e diz mais que além da “ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente”, prevê o art. 142 do CTN “determinar (a autoridade administrativa) a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”, ou seja, o fato de a hipótese, da relação a diferencial de alíquota, como em relação a diferimento do ICMS no tocante a produtos rurais, não conter a tipificação correta da base de cálculo e da alíquota correspondente nas operações interestaduais corresponde a um lançamento tributário defeituoso, assim conceitua JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lançamento Tributário, 2ª Edição, Malheiros, págs. 245/246).

Logo, afirma que não pode prosperar a cobrança do ICMS e MULTA com base no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, posto que está comprovado que o Auto de Infração não contém os elementos necessários na identificação das infrações irrogadas.

Requer a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 404/407, este esclarece os seguintes pontos da peça de defesa:

Cumpriu literalmente o disposto no art. 142 do CTN, o qual estabelece que o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo, cabendo à fiscalização realizar as inspeções necessárias para obtenção dos elementos de convicção e certeza, indispensáveis à constituição do crédito tributário. E, no caso concreto demonstrou, de forma cristalina, que a metodologia e o critério adotado comprovam, de forma segura, a ocorrência do fato gerador do ICMS exigido.

Segui rigorosamente o disposto nos arts. 18 e 28, do RPAF/BA, portanto não há que se falar que o lançamento não contém elementos suficientes para determinar com segurança e clareza, o fato gerador, e que existem eventuais incorreções ou omissões.

Deste modo, o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; contém todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração do fato argüido, basta um simples cotejo do processo para provar o que aqui está dito.

Informa que, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, foram entregues todas as cópias dos demonstrativos e levantamentos elaborados, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo dos autos.

Pede aos senhores conselheiros, julgadores e relatores que observem que a descrição dos fatos narrados no campo “*Descrição dos Fatos do Auto de Infração*”, por si só, comprovam de forma consistente as infrações cometidas:

INFRAÇÃO 01-06.02.01, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido por diferença de alíquota nas aquisições de fora do Estado para uso e consumo, consoante fotocópias das notas fiscais acostadas ao processo, exercício/2006 docs. 13 a 16, exercício/2007 docs. 58 a 95, exercício/2008 docs. 112 a 61, exercício/2009 docs 179 a 236 e exercício 2010 docs. 274 a 430. E, dos demonstrativos elaborados demonstra a metodologia e o critério da determinação da base de cálculo, docs. 11 e 12. 56 e 57, 109 e 110, 177 a 178 e 272 a 273.

INFRAÇÃO 02-02.10.01, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento consoante fotocópias das notas fiscais carreadas ao processo exercício/2006 docs. 38 a 55, exercício/2007 docs. 97 a 108, exercício/2008 docs. 164 a 176, exercício/2009 docs. 239/271, exercício/2010 docs 343 a 369. E dos demonstrativos elaborados a metodologia e o critério de determinação de base de cálculo docs. nºs 37, 96, 163, 237 a 238 e 341. Desse modo, restou demonstrado de forma cristalina que a metodologia e o critério utilizado para apurar a infração e a determinação da Base de Cálculo do ICMS, estão literalmente de acordo com a legislação estadual aplicável ao caso.

Ressalta que todas que as notas foram apresentadas pelo próprio autuado, sendo provas importantes da ocorrência do fato gerador e, com efeito, o art. 142 do CTN estabelece que o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo, cabe à fiscalização realizar as inspeções necessárias para obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário. E, no caso concreto restou comprovado a metodologia e o critério de apuração de forma segura, da ocorrência do fato gerador do ICMS exigido.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Rejeito o pedido de nulidade apresentado na peça de defesa, com relação à infração 1, na qual está sendo apontada a alíquota de 17%, no demonstrativo de débito do Auto de Infração, vez que se trata de cálculos aritméticos, obtidos apenas com o fim de demonstrar a base de cálculo, posto que, partiu-se dos valores do ICMS apurado para encontrá-la. Portanto, este fato não influencia no valor do imposto a ser pago, vez que este tem seus valores correspondentes aos encontrados pelo autuante e discriminados nos demonstrativos da infração, nos quais foram consideradas as alíquotas, consoante o Estado de origem dos bens objeto de uso e consumo do estabelecimento. Portanto, o diferencial de alíquota varia de Estado para Estado da Federação, o que foi seguido a risco pelo autuante.

Outrossim, o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; contém todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados nas infrações, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99).

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento.

O contribuinte recebeu cópia dos demonstrativos de fls. 11/12, que discrimina a nota fiscal, valor, ICMS devido, e a origem (Estado da Federação), relativo ao exercício de 2006, e cópias das notas fiscais estão nas fls. 13 a 95. O mesmo procedimento foi adotado com relação aos demais exercícios, cujos demonstrativos estão nas fls. 96, cópias das notas fiscais fls. 97 a 108 (exercício de 2007); demonstrativo, fls. 109/110, cópias de notas fiscais, fls. 112 a 176 (exercício de 2008);

demonstrativo, fls. 177/178, cópias de notas fiscais, fls. 179 a 236 (exercício de 2009); demonstrativo, fls. 272/273, e cópias de notas fiscais, fls. 274 a 340 (exercício de 2010).

Portanto o único argumento que a empresa traz não prevalece, no sentido de que os demonstrativos não lhe permitem ter clareza com relação às notas fiscais que são objeto da infração. Efetivamente constato que os demonstrativos são claros, detalhados, e as cópias das notas fiscais, demonstram que são materiais para uso e consumo do estabelecimento, sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas. Infração mantida.

Na infração 2 a exigência fiscal reporta-se ao fato de o contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, não ter efetuado o recolhimento do ICMS diferido, quando do recebimento de refeições para seus funcionários, como preceitua a legislação deste Estado.

A substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou bem, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado à etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo, para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, expressamente prevista na legislação. Desta forma é diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, consoante o art. 343, XVIII do RICMS/BA. Desta forma cai por terra o argumento da defesa de que não seria o responsável tributário pelo recolhimento do ICMS diferido, quando adquire refeições para seus funcionários.

Os demonstrativos da infração estão nas fls. 237 a 238, e cópias das notas fiscais, fls. 239 a 271, relativo ao exercício de 2009; e demonstrativo fls. 341/342, e cópias de notas fiscais, fls. 343 a 369, referente ao exercício de 2010.

A empresa autuada não trouxe as comprovações de que efetuara o recolhimento do ICMS ora exigido, fica mantida a infração na sua totalidade.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **023644.0565/10-7**, lavrado contra **RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.784,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR