

A. I. N° - 298938.1003/11-6
AUTUADO - JOSÉ RICARDO ARAÚJO FERREIRA DE COITÉ
AUTUANTE - WELLINGTON MATOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 11.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-02/12

EMENTA: 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. **a)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Restou comprovado que o autuado não atendeu as determinações do art. 708-A. Infração subsistente. **b)** FALTA DE FORNECIMENTO. EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO COM INFORMAÇÕES DAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas neste Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir a acusação fiscal. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS E NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não elidida. 5. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Imputação caracterizada. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$173.054,36, decorrente de:

Infração 01: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o que deveria ter sido enviado pela internet por meio do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em relação aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, acarretando aplicação de multa no valor de R\$ 33.120,00.

Infração 02: deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, acarretando aplicação de multa no valor de R\$109.183,35.

Infração 03: recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização, gerando débito no valor histórico de R\$5.885,64.

Infração 04: deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento — no valor histórico de R\$12.750,00.

Infração 05: deixar de recolher ICMS decorrente da divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios — no valor histórico de R\$2.519,47.

Infração 06: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, acarretando aplicação de multa no valor de R\$ 9.595,89.

O autuado apresentou defesa, fls. 275 a 284, impugnando o lançamento tributário com os argumentos abaixo.

Em relação as infrações 01 e 02, aduz que o fisco estadual aplicou ao contribuinte sanção pecuniária pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado pela internet por meio do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em relação aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008 (infração 01) e por deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008 (infração 02).

A respeito de ambas as infrações, argumenta que se referem a condutas similares, gerando um *bis in idem*. De início, a infração 01 refere-se à não entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado pela internet por meio do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em relação aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008; já a infração 02, o não fornecimento do mesmo arquivo magnético ao auditor fiscal mediante específica intimação. A rigor, pode-se resumir a infração em uma única conduta: não disponibilizar ao fisco o arquivo magnético, de modo que não se deveria desdobrá-la para fins de aplicação de duas sanções de mesma natureza — pecuniária — porém com regras de dimensionamento diversas. A suposta conduta infracional foi uma só, de modo que dividir a infração em duas para fins de imposição de penalidade implica na reprovável prática de *bis in idem*.

Frisa que o suposto cometimento da infração não gerou qualquer sorte de prejuízo ao Fisco. Prova isso é justamente o fato de que, para a aplicação da sanção prevista no caso da infração nº 02, era necessário se saber exatamente o valor das mercadorias movimentadas pelo contribuinte, a fim de que se pudesse aplicar a multa de 1% sobre o valor das saídas. Caso contrário, a multa estaria super ou sub-dimensionada.

Quanto a infração nº 03, assevera que inexiste prova de mercadorias que tenham sido adquiridas em outras unidades da federação e cujo ICMS devido, sob o regime de antecipação parcial, não tenha sido devidamente recolhido pelo contribuinte.

Destaca que, conforme se infere das notas que acompanharam o auto de infração, há mercadorias que são cobertas pela isenção, nas operações internas, a exemplo de máquinas agrícolas (moedor, moinho etc), bem assim mercadorias sujeitas a substituição tributária para frente, de sorte que o ICMS eventualmente devido mercê da operação de revenda já fora antecipadamente recolhido na origem, no momento da venda da mercadoria para o contribuinte autuado.

Salienta que o agente autuador utilizou indistintamente a alíquota de 17% (dezessete por cento) na operação de antecipação parcial, sem se atentar para circunstância de que a maioria das mercadorias sujeita-se, em função do princípio constitucional da seletividade, a alíquotas bem menores. Afora isso, aplicou a alíquota de 38% (trinta e oito por cento) para mercadorias que qualificou como armas e munições. Sucedeu que esta alíquota não se aplica para carabinas de pressão e respectiva munição. Com efeito, o contribuinte autuado não comercializa armas, mas apenas e tão somente carabinas de pressão destinada a tiro esportivo.

Ressalta que, a fim de se comprovarem as alegações ora feitas, basta examinar as planilhas e notas fiscais adunadas às fls. 59 a 241 dos cadernos processuais que compõem o auto de infração.

Daí a invalidade da infração nº 03, por falsidade de motivo, o que desde já requer seja reconhecida.

Relativamente a infração n. 04, registra que a operação tributada pelo auto de infração se refere à aquisição de bem para a composição de ativo fixo, conforme nota fiscal de fl. 243 dos autos. Refere-se, pois, a veículo que foi utilizado pela empresa, no desenvolvimento de suas atividades. Assim, sendo, como o bem não foi adquirido para comercialização, mas para a incorporação definitiva ao patrimônio do contribuinte, como ativo fixo, não haveria que se falar em pagamento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais. Nesta operação, cumpre ao contribuinte apenas se creditar no valor do imposto recolhido pelo contribuinte alienante destacado na nota fiscal.

No tocante a infração n. 05, alega que tal infração não ocorreu, haja vista que, conforme demonstra o documento de arrecadação estadual (DAE) anexo, efetuou-se o recolhimento do tributo devido, no importe de R\$ 2.519,47, recolhido na competência de janeiro de 2008, referente a dezembro de 2007, competência em que efetivamente ocorreu o fato gerador.

Sobre a infração n 06, aduz que a autuação padece de vício formal, na medida em que sequer aponta qual documento diverso do devido fora emitido. Noutros termos, o auto de infração não apontou qual teria sido o outro documento que o contribuinte emitiu no lugar do devido segundo a legislação vigente.

Ressalta que, conforme comprovam os documentos ora adunados aos autos, bem como os documentos que acompanharam o auto de infração ora impugnado, o contribuinte, em relação às competências de maio de 2007, setembro de 2007, dezembro de 2007, fevereiro de 2008, junho de 2008, outubro de 2008 e dezembro de 2008, sempre emitiu, em relação às operações de saída por ela realizadas, os documentos fiscais impostos pela legislação. Isso porque as operações ali indicadas se referiram a vendas feitas a contribuintes, mediante emissão de notas fiscais próprias, a fim de que o titular do estabelecimento em que houvesse o ingresso da mercadoria pudesse se creditar no valor recolhido a título de ICMS e utilizá-lo nas operações subsequentes, operacionalizando-se a não-cumulatividade. Prova disso é a tabela de fls. 250 dos autos, que demonstra que o contribuinte efetuou a emissão de notas fiscais. Daí a invalidade da infração nº 06, quer seja por vício formal quer seja por falsidade de motivo, o que desde já requer seja reconhecido.

Sustenta que as multas aplicadas são confiscatórias, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais. Aduz que as multas devem guardar proporção com o valor da prestação tributária, sob pena de destruição da fonte pagadora, e violar a capacidade contributiva e o princípio do não confisco, sendo assim, mister se faz o reconhecimento da exorbitância das multas de 50%, 60% e 70% sobre o valor total do tributo, e, portanto, da necessidade de sua exclusão.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração e, subsidiariamente, sejam excluídas as multas aplicadas, devido ao caráter confiscatório, e a produção de prova por todos os meios admitidos no processo administrativo.

O autuante, fls. 301 a 307, ao prestar a informação fiscal, em relação as infrações 01 e 02, aduz que as alegações do autuado de que essas infrações se referem a condutas similares são completamente equivocadas, uma vez que a infração 01 corresponde a falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, do aludido arquivo eletrônico, e a infração 02 diz respeito ao não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo. As duas infrações foram aplicadas em consonância com a legislação vigente. Sobre o assunto, o Regulamento do ICMS estatui que:

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:

...

IV - até o dia 30 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 9 ou 0.

...

§ 4º O arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa *Validador/Sintegra*, que disponibilizará para impressão o *Recibo de Entrega de Arquivo*, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado que exerce atividade econômica de comércio por atacado, ainda que não seja usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais ou para escrituração de livros fiscais, observado o disposto no § 9º do art. 686 e no § 4º do art. 683.

...

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Sustenta que dá análise dos dispositivos acima, comparado ao caso em tela, percebe-se que o autuado tinha um prazo para apresentar os arquivos, que seria no dia 30 do mês subsequente ao período de apuração de suas operações. Como tal exigência não fora cumprida, coube-lhe a imposição da multa de R\$1.380,00 por cada período não apresentado. Em face das não transmissões desses arquivos nas referidas datas, o autuado foi intimado para apresentar no prazo de cinco dias úteis os mencionados arquivos, fls. 15. Não tendo sido atendida essa intimação, cumulativamente, fora aplicada multa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas ou saídas das mercadorias, das duas a maior, por cada período de apuração, tudo conforme previsão do artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96.

Portanto, trata-se de infrações distintas e foram aplicadas as devidas penalidades em conformidade com as disposições legais pertinentes. A primeira de R\$ 1.380,00, por cada período, pela não transmissão dos arquivos magnéticos no prazo estipulado, conforme demonstrativos às fls. 29, e a segunda de 1% sobre o valor das aquisições ou das vendas de mercadorias do período de apuração, das duas a maior, conforme demonstrativo e DMAs às fls. 34 a 58.

Quanto ao *bis in idem* que o autuado insinua, ainda que tenha ocorrido, de certo é que não existe proibição legal para o evento desse instituto. Em princípio não há vedação expressa no direito tributário para a tributação, pelo mesmo ente tributante, de mais de um tributo do mesmo sujeito passivo e sobre o mesmo fato gerador.

Quanto a infração 03, aduz que o autuado faz afirmações de cobrança de ICMS Antecipação Parcial de mercadorias isentas ou já substituídas, porém, não indica em quais notas fiscais essas cobranças indevidas foram feitas. Esclarece que foi dado o tratamento tributário próprio para cada operação. Isto é, reduziu-se a base de cálculo, dos produtos digno desse benefício, e em seguida aplicada a alíquota de 17%, conforme previstos na legislação; nada foi cobrado dos produtos isentos ou substituídos anteriormente; foram cobrados com alíquota de 38% os produtos classificados como armas e munições, conforme estabelece a legislação vigente. Tal arguição pode ser verificada analisando os documentos fiscais das fls. 66 a 241, relacionados nas planilhas de apuração da Antecipação Parcial, fls. 59 a 65, com os documentos de arrecadação pagos pelo contribuinte às fls. 73, 94, 95, 112, 126, 146, 155, 171, 184, 204, 205, 217, 230 e 241. Dessa análise pode-se concluir que o autuado recolheu o ICMS Antecipação Parcial a menor, naquelas importâncias destacadas nas mencionadas planilhas.

Quanto às armas e munições que o autuado diz ser destinadas a tiro esportivo, temos que o Decreto 7.212/2010 que regulamenta o Imposto sobre Produtos Industrializados, na Tabela de Incidência do IPI – TIPI – Seção XIX, capítulo 93, classifica a carabina, sob o código 9304.00.00, como sendo arma, e suas munições são classificadas sob o código 9306.2, conforme segue:

“Capítulo 93		
Armas e munições; suas partes e acessórios		
NCM	Descrição	Alíquota
...		
9304.00.000	Outras armas (por exemplo, espingardas, ca-	45 %

	rabinas e pistolas, de mola, de ar comprimido	
	ou de gás, cassetetes), exceto as da posição	
	9307	
	...	
9306.2	Cartuchos e suas partes, para espingardas	
	ou carabinas de cano liso, chumbos para ca-	
	Rabinas de ar comprimidos:	
9306.21.00	Cartuchos	20%"

Destaca que o Regulamento do ICMS por sua vez, estabelece que nas operações com armas e munições, incorre uma carga tributária de 38% (trinta e oito por cento), exceto quando destinadas às forças armadas ou as Polícia Civil e Militar. Senão, vejamos:

“CAPÍTULO VIII
DAS ALÍQUOTAS
SEÇÃO I

Art. 50 Das Alíquotas Comuns Aplicáveis às Operações e Prestações

As alíquotas do ICMS são as seguintes:

IV - 38% (trinta e oito por cento) nas operações com armas e munições, exceto as destinadas às Polícias Civil e Militar e às Forças Armadas.”

Salienta que independente de sua destinação, e respeitada suas exceções, nas operações com esses produtos, incidirá uma alíquota de 38% (trinta e oito por cento) de ICMS sobre sua base de cálculo, conforme fora acertadamente aplicada no lançamento fiscal em lide.

Com relação a infração 04, aduz que o autuado engana-se novamente ao entender que nessa operação não deve haver cobrança de diferença entre a alíquota interna e interestadual, uma vez a que a previsão se encontra no art. 5º, inciso I do Decreto 6.284/97. Sustenta que não resta dúvida quanto a legalidade da cobrança da diferença de alíquota na operação de aquisição do veículo para integrar o ativo da empresa.

Em relação a infração 05, frisa que o autuado deveria recolher um ICMS no valor de R\$7.884,97, porém, recolheu apenas R\$5.365,50 (cinco mil trezentos e sessenta e cinco reais e cinqüenta centavos), cf. demonstrativo e documentos (cópias do livro Registro de Apuração de ICMS e Documento de Arrecadação Estadual) às fls. 244 a 249. A diferença no valor de R\$2.519,47, objeto do lançamento fiscal, deriva do ICMS Antecipação Parcial lançado erroneamente no livro Registro de Apuração do ICMS no valor de R\$4.026,75, ao invés de R\$1.507,28. Deduz-se que para chegar aquele valor, lançado no livro, o autuado considerou como pagamento próprio o recolhimento feito pelo seu depósito, cf. documento à fl. 296.

Argumenta que, ainda que o fato verse de empresas matriz e depósito, tal confusão não deve existir, em razão da atividade econômica desta ser “depósito de mercadoria para terceiros”, cf.fl. 308, e não “depósito fechado”. Sendo assim, a legislação prevê que cada estabelecimento deve manter e encriturar os livros de entradas, saídas e apurar e recolher seus impostos individualmente. Desta feita, o imposto recolhido pelo estabelecimento depósito, jamais deveria ter sido aproveitado como crédito na escrita da empresa matriz. O artigo 661 do Regulamento do ICMS expõe que “entende-se por depósito fechado o estabelecimento que o contribuinte mantiver exclusivamente para armazenagem de suas mercadorias, no qual não sejam efetuadas compras nem vendas.”

Ressalta que o depósito realiza operações de compra, bem como não funciona exclusivamente para armazenagem das mercadorias da empresa matriz. Ou seja, totalmente oposto aos ditames do dispositivo acima.

Relativamente a infração 06, informa que os documentos que o autuado alega que não estão presentes no Auto de Infração, são os indicados nas fls. 251 a 268, que corresponde a cópia do

livro Registro de Saídas. Isto é, são as vendas feitas a consumidores por meio de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, conforme destacadas na coluna “espécie de documento fiscal” do respectivo livro. Tais registros evidenciam as operações de vendas a não contribuintes do ICMS, caracterizando a infração prevista na legislação, razão pelo qual, foi devidamente apurada e cobrada no lançamento fiscal.

Quanto ao caráter confiscatório e ilegalidade da multa aplicada de 60% sobre o valor do imposto, informa que a esfera administrativa não é a seara competente para discutir tal demanda.

Ao finalizar, opina pela procedência do Auto.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de seis imputações.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo a falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado pela internet por meio do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em relação aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, acarretando aplicação de multa no valor de R\$ 33.120,00. Enquanto que, na infração 02 é imputado ao sujeito passivo deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, acarretando aplicação de multa no valor de R\$109.183,35.

Em sua defesa o autuado tratou as duas infrações de forma conjunta, alegando que ambas as infrações se referem a condutas similares, podendo resumir a uma única conduta: não disponibilizar ao fisco o arquivo magnético, de modo que não se deveria desdobrá-la para fins de aplicação de duas sanções de mesma natureza — pecuniária — porém com regras de dimensionamento diversas. Dividir a infração em duas para fins de imposição de penalidade implica na prática de *bis in idem*. Frisa que o suposto cometimento da infração não gerou qualquer sorte de prejuízo ao Fisco.

Entendo que os argumentos defensivos não podem ser acolhidos, conforme passo a expor.

Diferente do alegado na defesa, a falta de entrega dos arquivos magnéticos gera grande prejuízos para a Administração Tributária, especialmente no controle da arrecadação e fiscalização. Atualmente, é impossível que as atividades tributárias da Secretaria da Fazenda sejam exercidas sem a utilização dos recursos da informática, que nesse caso temos como ponto de partida os arquivos magnéticos enviado pelo contribuinte como os dados de suas operações. Por essa razão é que o Estado da Bahia estabeleceu, mediante lei, as multas aplicadas no Auto de Infração ora em lide.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de as duas infrações poderia ser resumida em uma única conduta, pois as infrações ocorrerão em momentos distintos e são prevista em dispositivos legais também distintos, bem como a multas são diferente para cada uma das infrações.

No caso da primeira infração, a obrigação do contribuinte de entregar os arquivos magnéticos é decorrente do artigo 708-A, inciso IV, §§ 4º e 5º, do RICMS/97, o qual determina, para o caso em tela, que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, até o dia 30 do mês subsequente, via Internet, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária. O mesmo procedimento deve ser observado pelo contribuinte que exerça atividade econômica de comércio por atacado, ainda que não seja usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais ou para escrituração de livros fiscais.

Como o contribuinte não atendeu a determinação legal o autuante aplicou corretamente a multa R\$1.380,00, por cada mês, em que ocorreu a falta de transmissão dos arquivos magnéticos no prazo estipulado, conforme demonstrativos acostado à folha 29 dos autos.

Já na segunda infração, o contribuinte, mais uma vez, apesar de devidamente intimado pela fiscalização, mesmo constando da Intimação que o não atendeu resultaria na aplicação da multa, insistiu em descumprir a legislação estadual, uma vez que o artigo 708-B, do RICMS/97, determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Assim, como o contribuinte não atendeu a Intimação o autuante, na infração 02, agindo corretamente, aplicou a multa de 1% sobre o valor das aquisições ou das vendas de mercadorias do período de apuração, das duas a maior, conforme demonstrativo e DMAs às fls. 34 a 58.

Quanto aos cálculos dos valores apuradas nas infrações, os mesmos não foram questionados pela defesa.

Portanto, não resta dúvida de que o contribuinte praticou duas infrações distintas, não existindo o *bis in idem* alegado pela defesa, razão pela qual entende que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que não existe prova do cometimento da infração, pois analisando as notas fiscais que embasaram a infração observou que existem mercadorias isentas, outras enquadradas na substituição tributária interna e questiona a utilização de alíquota de 17%, sem observar o princípio constitucional da seletividade e 38% sobre carabinas de pressão e respectiva munição.

No presente caso, o sujeito passivo simplesmente alegou que foram incluídas mercadorias isentas, com fase de tributação encerrada (substituição tributária) e com base de cálculo reduzida, sem apresentar qualquer documento para comprovar sua alegação. Tais alegações sem elementos de prova não é capaz de elidir a imputação, pois conforme determinação contida no artigo 123, do RPAF/99, o sujeito passivo tem o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No tocante a aplicação da alíquota de 38% para as mercadorias armas e munições, também foi correto o procedimento da fiscalização, pois a única exceção para aplicação da referida alíquota, é quando forem destinadas às forças armadas ou as Polícia Civil e Militar, conforme artigo 50, inciso IV, do RICMS/97.

A infração foi embasa no demonstrativo de apuração da Antecipação Parcial, fls. 59 a 65, documentos fiscais, fls. 66 a 241, e nos os documentos de arrecadação pagos pelo contribuinte às fls. 73, 94, 95, 112, 126, 146, 155, 171, 184, 204, 205, 217, 230 e 241, os quais comprovam que houve recolhimento a menos do ICMS devido a título de Antecipação Parcial, portanto é devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas neste Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas na substituição tributária, estando caracterizada a infração 03.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que é referente a veículo que foi utilizado pela empresa, no desenvolvimento de suas atividades, bem que não foi adquirido para comercialização, mas para a incorporação definitiva ao patrimônio do contribuinte, como ativo fixo, não haveria que se falar em pagamento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que vai a colisão frontal com as normas tributárias relativas ao ICMS, em especial o inciso I do artigo 5º do regulamento do referido imposto, ao tratar da ocorrência do fato gerador para fins de pagamento da diferença de alíquotas, o qual estabelece que:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento; (Grifei)

Sa leitura do enunciado acima que não resta dúvida quanto a legalidade da cobrança da diferença de alíquota na operação de aquisição do veículo para integrar o ativo da empresa. O dispositivo é claro, ocorrendo o fato gerador, cabe ao autuado efetuar o pagamento do ICMS decorrente da diferença das alíquotas internas e interestaduais.

Logo, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, como os argumentos defensivos são incapazes para elidir a acusação fiscal, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS decorrente da divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que tal infração não ocorreu, haja vista que, conforme demonstra o documento de arrecadação estadual (DAE), efetuou-se o recolhimento do tributo devido, no importe de R\$2.519,47, recolhido em janeiro de 2008, referente a dezembro de 2007.

O argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois na análise do demonstrativo, cópia do livro Registro de Apuração do ICMS e s e documentos Documento de Arrecadação Estadual) às fls. 244 a 249, observasse que o contribuinte teria de recolher o ICMS no valor de R\$7.884,97, porém, recolheu apenas R\$5.365,50.

Como bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, o autuado considerou como pagamento próprio o recolhimento feito pelo seu depósito, fls. 296, estabelecimento que realiza operações de compra, bem como não funciona exclusivamente para armazenagem das mercadorias da empresa matriz.

Observo que, efetivamente, no referido documento consta outra Inscrição Estadual a de nº 72.481.065, diferente do estabelecimento autuado. Portanto, não pode ser considerado que o pagamento do ICMS teria sido realizado pelo estabelecimento autuado, sendo procedente a infração 05.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, acarretando aplicação de multa.

Em sua defesa o autuado aduz que a autuação padece de vício formal, na medida em que sequer aponta qual documento diverso do devido fora emitido.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Ademais, devo ressaltar que os documentos objeto da autuação foram levantados com base na cópia do livro Registro de Saídas acostado às folhas 251 a 268.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito asseverou o impugnante que, conforme comprovam os documentos acostados pela defesa, bem como os documentos que acompanharam o auto de infração, o contribuinte sempre emitiu, em relação às operações de saída por ela realizadas, os documentos fiscais impostos pela legislação.

Tal argumento não é capaz de elidir a imputação, pois não houve exigência de pagamento do ICMS, apenas, ocorreu a aplicação de multa pela falta de emissão do documento fiscal apropriada para a operação decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas vendas para consumidor final.

Os documentos acostados pela defesa não comprovam que as referidas vendas foram realizadas para contribuinte do ICMS, que teriam adquirido essas mercadorias para revenda.

Por sua vez, os documentos acostados pela fiscalização, resta caracterizado que são as vendas realizadas a consumidores por meio de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, conforme destacadas na coluna “espécie de documento fiscal” do respectivo livro, folhas 251 a 268. Tais registros evidenciam as operações de vendas a não contribuintes do ICMS, caracterizando a infração prevista na legislação, razão pelo qual, foi devidamente apurada e cobrada no lançamento fiscal.

Assim, entendo que a infração 06 restou caracterizada.

Quanto ao pedido de exclusão das multas aplicadas por entender a defesa que são confiscatórias, inconstitucionais, o mesmo não pode ser acolhido, pois o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDENTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298938.1003/11-6, lavrado contra **JOSÉ RICARDO ARAÚJO FERREIRA DE COITÉ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total **R\$21.155,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, “f”, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$151.899,25**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, “j”, “g” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR