

PROCESSO	- A. I. Nº 298237.0301/11-3
RECORRENTE	- COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUI)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0030-04/12
ORIGEM	- INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 11.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0221-13/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado. Infração não elidida. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apreciar o Recurso Voluntário à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 20/01/11, o qual exige ICMS no valor de R\$89.939,76, acrescido da multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$41.990,89.
2. Deixou de recolher o 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 - R\$47.948,87.

Presentes aos autos, a i. JJF destaca que o autuado suscitou nulidade, sob o argumento de que não foram juntadas as referidas notas fiscais, cerceando seu direito de defesa por impedir saber se de fato são aquisições interestaduais de bens de ativo e material de consumo.

O i. Julgador destaca que a lavratura do Auto de Infração, foi para exigência de tributos, tendo indicado os elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Considera o entendimento do autuado, pois se defendeu do que foi acusado, tendo se manifestado sobre os demonstrativos juntados pelo autuante (fls. 11/19), os quais relacionam as notas fiscais, CNPJ dos fornecedores, indicação dos Estados de origem, CFOP 2551 (ativo) e 2556 (consumo), tendo esses demonstrativos sido elaborados com base nos documentos fiscais e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado. Por não vislumbrar inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade, nos termos do art. 18 do RPAF/BA, rejeita o pedido formulado.

Ressalta que sendo o autuado possuidor das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, competiria juntá-las ao processo no momento da apresentação da defesa, no afã de constituir provas que descaracterizassem a infração, não podendo, pois, ser acolhido o argumento de que a falta das notas fiscais cerceia o seu direito de defesa.

No mérito, i. Julgador alude que:

“o Auto de Infração exige ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição

bens de ativo e material de consumo do estabelecimento.

O autuado contestou a legalidade da exigência do ICMS da diferença de alíquota incidente sobre as operações de aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo ou uso e/ou consumo.

Conforme documento à fl. 9, o autuado exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios (supermercado), logo, contribuinte do ICMS. Verifico que o demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 11/19) relaciona aquisições interestaduais de bens do ativo (CFOP 2551), bem como material de uso/consumo (CFOP 2556) conforme relação de notas fiscais. Foi exigido ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual na condição de consumidor final.

Convém ressaltar que a CF 88 no art. 155, II estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Por sua vez o §2º, incisos VII e VIII estabelecem:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;**
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;**

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Portanto, os dispositivos acima transcritos prevêm que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e quando destinado a contribuinte do ICMS, nesta hipótese caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto da diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei nº 7.014/96 estabelece que incide o ICMS sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Logo, é legal a exigência do ICMS da diferença de alíquota sobre a operação de aquisição interestadual de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente, embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior. Observo que no enquadramento da infração foram indicados os dispositivos regulamentares infringidos o que segundo o disposto no art. 19 do RPAF/BA equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Saliento que o autuado não contestou os valores apurados pela fiscalização nos demonstrativos juntados ao processo, tendo apenas questionado a falta de juntada das notas fiscais.”

Emite julgamento pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário tempestivamente apresentado pelo recorrente reprisa contestação vista na defesa inicial, dizendo da nulidade do PAF tendo em vista a indicação, porém não o apensamento das notas fiscais acusadas de irregulares, o que leva dificuldades à compreensão dos fatos, até mesmo ao juízo dos julgadores administrativos. Diz restar dúvidas se as mesmas efetivamente se referem a bens patrimoniais ou a materiais de uso e consumo ou a revenda, e se originárias de outras unidades da federação. Invoca o art. 112, II do CTN em sua defesa.

Segue em seu comentário com alusão à inconstitucionalidade inequívoca da cobrança do ICMS na aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento. A esse respeito, aponta existirem ensinamentos do mestre Samuel Monteiro mas não os cita, deixando espaço em branco; cita e transcreve art. 155, II, § 2º inciso IX, “a” da CF/88, e matéria a respeito, do emérito prof. Hugo de Brito Machado, a qual expressa entendimento de que os bens destinados a ativo fixo ou a uso e consumo do estabelecimento não são mercadorias, e em se tratando desses bens somente ocorre incidência do imposto na entrada do estabelecimento importador.

Requer seja o Recurso Provido, para anular o Auto de Infração em comentário.

Em Parecer elaborado pelo i. Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, é manifestado o total improvimento do Recurso Voluntário, por não ter se desincumbido, o recorrente, frente à ampla prova documental constante dos autos, de fazer prova contrária à sujeição passiva acusada, com destaque o fato de não ter efetuado o recolhimento do diferencial de alíquotas em operações interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, consoante escriturado em seus livros fiscais e arquivos magnéticos.

Observa o i. Procurador ter-se furtado o recorrente, mesmo intimado, a carrear aos autos as notas fiscais em sua posse, pois através das mesmas foram escriturados os valores componentes das exigências do presente Auto de Infração. De seus livros e registros magnéticos foram extraídos os lançamentos objetos da presente acusação. Ao invés, limita-se ao uso da contestação administrativa genérica da ausência de notas fiscais para suporte do lançamento.

VOTO

O presente lançamento fiscal consistiu de duas infrações, ambas cobrando as diferenças de alíquotas do ICMS, em virtude de entradas de mercadorias vindas de outros Estados da federação.

A infração 1 refere-se ao ingresso de bens do Ativo, e a infração 2, a bens de uso e consumo.

O recorrente insiste, desde a defesa inicial, não prescindir o PAF da presença das notas fiscais as quais não foram apensadas, desta forma não esclarecendo nem fornecendo dados que confirmem a acusação.

Alude que a falta das notas fiscais leva a desconhecem-se fundamentos básicos do processo administrativo-fiscal, e dificulta até mesmo o julgamento desta Câmara de Julgamento Fiscal.

Ocorre que este Conselho de Fazenda, em se tratando de informações extraídas do programa SINTEGRA, já firmou o entendimento de que é necessário que se traga à lide documentos com efetiva força probante das entradas das mercadorias no estabelecimento fiscalizado, a exemplo de conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento, canhotos assinados por preposto do adquirente etc., como, “v.g.”, no Acórdão CJF 0255/12-11, abaixo transcrito:

“Ante à aparente nulidade do Auto de Infração, por falta de segurança no lançamento, dada a falta de comprovação nos autos de que havia o contribuinte adquirido as mercadorias objeto da autuação, a JJF determinou diligência no sentido de que fossem juntadas aos fólios deste PAF as necessárias provas das efetivas operações de compra por parte do impugnante, entretanto, do elemento trazido aos autos, qual seja, a mera relação de notas fiscais, em timbrado do autuado, com indicação das datas de pagamentos, não se pode estabelecer que esteja provado que as mercadorias ali indicadas, efetivamente, adentraram ao território do Estado da Bahia, e muito menos de que houve circulação das mesmas mercadorias no território do nosso Estado, ou seja, não se pode afirmar que o autuado as adquiriu. Ainda quanto aos documentos que fundamentam a acusação fiscal, lembrou o i. Relator “a quo” que este CONSEF vem decidindo que são imprestáveis, como prova de aquisição de mercadorias, aqueles documentos fiscais em suas vias fixas, quando não restar provado que houve a correspondente entrada das mesmas mercadorias no estabelecimento do adquirente. O relator de primeiro grau, atento, observou que em boa parte das notas fiscais jungidas aos autos, no campo de identificação do transportador, há a indicação de “próprio”, sugerindo que a própria Empresa havia executado o transporte, sem qualquer indicação que possa identificar o veículo ou o motorista, o que impede que se possa alcançar a verdade dos fatos por este caminho”.

As planilhas Excel (fls. 11 e 12 = Bens do Ativo Fixo, e 13 a 19 = Bens de uso/consumo), foram elaboradas com dados potencialmente verdadeiros, pois foram compiladas a partir de informes do próprio contribuinte ao Sefaz, através dos Livros Fiscais que mantêm escriturados e da sua remessa desses dados para o Arquivo magnético do Sintegra. Detalham analiticamente cada uma das operações compreendidas na sujeição passiva, permitindo ao recorrente faltoso, o qual ciente da Intimação em 20/10/2010 e também ciente da Reintimação em 05/01/2011, não as atendeu, saber detalhadamente de todo o entorno do lançamento fiscal e de concreto, defender-se.

Não houve por parte do autuado, contestação das quantias apuradas pelo agente fiscal e detalhadas nas Planilhas acima citadas, apenas reprisou a falta de juntada das notas fiscais.

Efetivamente não persistem as alegações de dúvida se as mercadorias adquiridas são destinadas a uso próprio, consumo, ativo permanente, revenda e se tem origem em outras unidades da Federação, pois resta visto que, salvo ausente prova em contrário, as notas fiscais em comento sempre estiveram em poder do estabelecimento autuado, e devidamente escrituradas nos livros fiscais, fato este que homologa a autuação fiscal.

Alude o recorrente da inequívoca inconstitucionalidade da cobrança do ICMS na aquisição de bens do ativo e de bens de uso e consumo, citando a respeito mestres do direito. Destaco que consoante disposto no art. 167, I do RPAF/BA, extrapola a competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298237.0301/11-3**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.939,76**, 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, 27 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

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