

PROCESSO - A.I. Nº 210442.0018/09-3
RECORRENTE - NOVA VIDA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0067-04/12
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 20.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0476-13/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AÇÚCAR CRISTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O tributo devido a título de antecipação tributária deve ser pago de acordo com os ditames do art. 125, II, “b” do RICMS/BA/97, observadas as disposições dos §§ 7º e 8º. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento 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. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** quanto à imputação 03 e **NÃO PROVIDO** quanto às demais. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 210442.0018/09-3, lavrado em 22/12/2009 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$502.548,14, acrescido da multa de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de R\$460,00 em razão de três irregularidades, tendo sido interposto Recurso Voluntário no qual ausente a identificação objetiva das imputações alvo da insurgência. Uma vez que a imputação 03 foi julgada nula pela JJF, restando prejudicado o Recurso Voluntário quanto a esta acusação, subsistem como objeto da insurgência as imputações 01 e 02:

Infração 01 - Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA/97. ICMS no valor de R\$470.548,14, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$32.000,00, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O Fisco acostou, às fls. 05 a 248, documentos que consistem, dentre outros, em Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 19), com data de ciência do contribuinte em 13/10/2009; demonstrativos do levantamento fiscal realizado; cópias de notas fiscais; cópias de Declarações de Carregamento de Açúcar; cópias de Autorizações de Despacho de sacos de açúcar; cópias de Ordem de Carregamento; cópias de documentos bancários atinentes a compensações de cheques; extratos bancários; cópias de correspondência eletrônica mantida entre Fisco e autuado no curso da ação fiscal.

Às fls. 249 e 250 constam comprovantes de cientificação, ao contribuinte, da lavratura do Auto de Infração, via correios, no endereço do estabelecimento autuado.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 252 a 256.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 2.601 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

Às fls. 263 a 266 foi prolatado o Acórdão JJF nº 0189-04/10 no qual a primeira imputação foi anulada, em virtude de equívoco no procedimento adotado para a totalização do valor cobrado, que não se deu de acordo com os comandos do art. 125, II, “b”, RICMS/97 (por períodos mensais).

Interpostos recursos de ofício e voluntário (fls. 285 a 289), o segundo declarado intempestivo (fls. 309 a 311), a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal entendeu que o vício era sanável, nos termos dos fundamentos expostos pelo preclaro Relator às fls. 321 a 325, tendo o PAF retornado à JJF para novo julgamento e apreciação de mérito. O contribuinte foi devidamente intimado da decisão reformadora (fls. 332/333).

No retorno à primeira instância, a 4ª JJF decidiu converter o feito em diligência para que fosse elaborado novo levantamento da infração 01, com apuração mensal, observando as disposições do art. 125, II, “b”, RICMS/97 (fl. 337).

As informações requeridas foram colacionadas às fls. 340 a 353, através de planilha e, de acordo com a revisão efetuada, o valor total da imputação 01 restou majorado de R\$470.548,14 para R\$477.166,29, com valores anuais modificados para R\$148.270,01 (2006), R\$246.660,77 (2007) e R\$82.235,51 (2008).

Intimado (fls. 354 a 356), o sujeito passivo manifestou-se às fls. 358 a 366 alinhando-se com o voto vencido da 2ª Câmara de Julgamento, reiterando as razões defensivas, transcrevendo jurisprudência e afirmando, em relação à infração 01, que o Fisco cometera equívoco ao proceder ao lançamento tributário em tempo anterior à existência do fato gerador, que em seu entender seria a efetiva saída do açúcar cristal do estabelecimento autuado. Asseverou que o ato administrativo continuaria eivado do vício de nulidade, por ter origem em presunção ilegítima e por serem as multas confiscatórias e abusivas. Pediu que fosse declarada nula a autuação.

À fl. 369, em nova informação fiscal, a auditora ponderou que cumpriu fielmente o que foi determinado pela 4ª Junta de Julgamento, e que o contribuinte não se manifestou sobre a diligência. Pediu a declaração de procedência do Auto de Infração.

O segundo julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0067-04/12, às fls. 372 a 376. Em seu voto, em relação às imputações 01 e 02 assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal são inverídicos, pois a autuante expôs com clareza o embasamento fático e jurídico, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros 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 caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, nas informações fiscais, na conversão do processo em diligência, na manifestação do contribuinte e na revisão efetuada.

Conforme exposto, a segunda instância deste CONSEF entendeu que o vício causador da declaração de nulidade de fls. 263 a 266 (datas de ocorrência dos fatos geradores e de vencimento; não observância da regra do art. 125, II, “b”, RICMS/97) era saneável por meio de diligência, o que efetivamente foi feito. Ou seja, através da revisão de fls. 340 a 353, os débitos foram computados por mês, de acordo com o citado dispositivo regulamentar, e de tudo foi cientificado o impugnante, com reabertura de prazo de defesa (fl. 354).

A modificação da quantia devida, para maior em alguns períodos, será objeto de julgamento de mérito.

Importa registrar que não é possível a identificação de quem foi o signatário da intimação para apresentação de livros e documentos de fl. 19. Tal fato foi levado para apreciação na 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal -

no dia 23 de abril de 2009, em pauta suplementar, e ficou decidido que o vício procedimental restou sanado, não existindo nulidade neste aspecto, uma vez que o contribuinte compareceu à lide para impugnar.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

As multas aplicadas encontram-se previstas nos incisos e alíneas do art. 42 da Lei nº 7.014/96, indicados no Relatório supra. Com relação à natureza alegadamente confiscatória, ou excessiva, este órgão não possui atribuição legal para declarar inconstitucionalidade (art. 167, I, RPAF/99).

No mérito da infração 01 (falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação), de acordo com as planilhas de fls. 340 a 353, que contém CNPJ dos remetentes, origens das mercadorias, datas de emissão de documentos fiscais, valores de ICMS, margem de valor adicionado (20%) e créditos destacados nas notas, não há qualquer exigência de tributo relativo a fato gerador não ocorrido, ou seja, futuro, ao contrário do que aduziu a sociedade empresária.

Em sede de diligência, cumprindo o disposto no art. 125, II, “b”, RICMS/97, a autuante, especificando as quantias devidas em cada mês, alterou os valores da primeira infração para R\$148.270,01 (2006), R\$ 246.660,77 (2007) e R\$ 82.235,51 (2008), o que perfaz o montante de R\$ 477.166,29.

Ao compulsar o levantamento inicial, de fls. 06 a 18, verifico que ocorreu reforma para pior nos exercícios de 2006 e 2008 (“reformatio in pejus”), situação que enseja, no que concerne apenas a esses específicos anos, a manutenção dos valores inicialmente lançados nos meses em que a alteração se deu para quantias maiores (dezembro de 2006, janeiro de 2008 e fevereiro de 2008), de acordo com os números abaixo apresentados.

MÊS	VALOR (R\$)	MÊS	VALOR (R\$)	MÊS	VALOR (R\$)
JUL/06	21.880,80	JAN/07	30.475,58	JAN/08	31.417,05
AGO/06	17.347,20	FEV/07	17.717,14	FEV/08	30.316,15
SET/06	28.646,84	MAR/07	28.338,05	MAI/08	3.937,56
OUT/06	24.115,20	ABR/07	21.202,27	JUN/08	4.144,80
NOV/06	29.903,97	MAI/07	2.655,54	JUL/08	1.657,92
DEZ/06	21.552,95	JUN/07	7.554,00		
		JUL/07	18.019,09		
		SET/07	16.695,83		
		OUT/07	24.844,31		
		NOV/07	37.959,92		
		DEZ/07	41.199,04		
	143.446,96		246.660,77		71.473,48
TOTAL					461.581,21

Infração 01 parcialmente elidida, de R\$ 470.548,14 para R\$ 461.581,21.

Quanto à infração 02, de acordo com o demonstrativo de fl. 05 e documento de fl. 22 (nota fiscal de venda, conforme o que está apostado no campo “NATUREZA DA OPERAÇÃO”), a base de cálculo tomada foi a quantia aposta no campo “VALOR TOTAL DA NOTA”. Portanto, não assiste razão ao autuado quando se refere a cobrança de encargos financeiros, exigência fundamentada em presunção ilegítima, arbitramento ou informações supostamente fornecidas por administradoras de cartões, simplesmente porque nada disso ocorreu no procedimento em exame.

Constato que no campo “DADOS ADICIONAIS” do documento fiscal há a informação de que a transação seria alienação fiduciária, mas na nota fiscal consta também a operação tributável entre a Volvo e o estabelecimento autuado. Efetivamente, o art. 3º, XII da Lei 7.014/96, com dispositivo correspondente no art. 3º, VII da LC 87/1996, estatui que o imposto não incide em tais casos.

Entretanto, a mera imposição dessas informações no mencionado campo da nota fiscal, existindo imposto destacado em favor do Estado do Paraná (R\$ 22.400,00), onde se localiza o remetente, não constitui prova suficiente e inequívoca de que a operação foi de alienação fiduciária. É necessário que o acusado afaste a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo com os meios pertinentes que estejam em sua posse, inclusive contrato, caso existente.

RPAF/99. Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

A data de emissão do documento fiscal foi 31/10/2007, sendo razoável concluir que o produto ingressou no

estabelecimento no mês de novembro desse mesmo ano, o que demonstra estarem corretos os registros de ocorrência e vencimento consignados à fl. 02.

Nessa senda, foi concedido de forma pertinente o crédito de R\$ 22.400,00, referente ao imposto devido na origem.

Consoante dispõe o art. 5º, I do RICMS/97, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento 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.

Infração 02 caracterizada.

(...)

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 493.581,21.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 388 a 393, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária, sem identificar com clareza quais imputações estavam sendo objeto do recurso interposto. Alegou ter sido intimado por pessoa que não seria representante legal da empresa; citou diversos diplomas legais sem especificar em que a relação dos mesmos entre si atingiriam objetivamente o Auto de Infração em análise; repetiu a alegação quanto a que “*De fato, o auto de infração impugnado considerou como base de cálculo do tributo os encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária), os quais não integram a base de cálculo do tributo, conforme o art. 39 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 33.118/91).*”

Citou o artigo 125, II, “b”, do RICMS, aduzindo ter havido “desarmonia”. Disse ter havido acusação de “omissão de mercadoria” sem prova de acontecimento na vida real; aduziu ter havido arbitramento sem justificativa; disse ter havido presunção de incorporação de ativo, e diz que no Auto de Infração não teria sido indicada a omissão que teria sido constatada por presunção. Repetiu a alegação anterior sobre ter havido levantamento da base de cálculo através de declaração de Administradora de Cartões de Crédito, e discorreu a respeito citando os artigos 97 e seguintes, e artigos 142 e 145, todos do CTN, e dispositivos da Constituição da República; falou sobre atos nulos e anuláveis; impugnou a multa dizendo-a abusiva e confiscatória.

Concluiu pedindo o provimento do Recurso Voluntário interposto, com o julgamento pela nulidade da autuação.

A PGE/Profis, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer às fls. 398 a 400 inicialmente resumindo fatos do processo e em seguida aduzindo que o argumento de nulidade por vício de comunicação processual não procede porque a apresentação de defesa pelo contribuinte, dentro do prazo legal, denota explicitamente que não houve prejuízo ao contraditório e à percepção da lide pelo autuado.

Aduz que não há provas que dêem suporte à alegação genérica de vícios no lançamento, que ademais cumpriu todos os ritos estabelecidos na lei de regência.

Afirma que a alegação de inserção de encargos financeiros na formação da base de cálculo não procede, porque o montante utilizado pela autuante para o lançamento foi a quantia aposta no documento fiscal.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Não merece reparo a decisão.

Observo que o contribuinte não aponta com objetividade a que imputações se refere, mas alega nulidade da autuação nos mesmos termos apresentados na impugnação inicial.

Uma vez que a imputação 03 foi julgada nula na decisão de base, o recurso do contribuinte resta prejudicado em relação a esta.

Quanto às demais alegações recursais, é nítido o seu conteúdo procrastinatório, que chega a trazer afirmativas acerca de administradoras de cartões de crédito sem explicar a que lançamento se reporta, visto que no atual inexistente qualquer menção do Fisco quanto a basear imputações em valores informados por administradoras de cartões de crédito.

Inexiste nulidade no lançamento. Tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Assinalo, por oportuno, inexistir previsão normativa para a apreciação, nesta instância de julgamento administrativo fiscal, de redução de multa por descumprimento da obrigação principal, motivo pelo qual não analiso esta questão.

Ressalto ainda, no que tange à correção do débito lançado, quanto à taxa SELIC, que já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Comungo do entendimento do douto Procurador quanto à inexistência de vício na comunicação dos atos processuais ao autuado, posto que este pronunciou-se no processo tempestivamente e chegou a abordar, embora de forma não objetiva, dados do lançamento, o que ensejou, inclusive, o acionamento da máquina administrativa no julgamento da presente lide.

Quanto ao mérito, também não merece reparo a decisão objeto do recurso.

Em relação à imputação 01, observo que a diligência realizada pela autuante supriu totalmente o equívoco do lançamento quanto a ter sido realizado por períodos anuais, ao invés de sê-lo por períodos mensais, e o sujeito passivo foi, inclusive, atendido quanto a parte de sua insurgência, posto que na retificação realizada pela autuante o débito apurado em alguns meses ficou majorado, e em outros reduzido, e a JJF, corretamente, acatando os resultados que reduziram o quanto originalmente lançado nos demonstrativos fiscais anexados pela autuante ao atender à diligência, não acolheu, contudo, os resultados dos cálculos matemáticos retificados que resultaram em aumento do débito de imposto, mantendo os valores a serem cobrados do autuado dentro dos limites atingidos quando do lançamento originário, pelo que a imputação 01 restou com o montante a ser lançado reduzido, conforme consta na decisão de base.

A base de cálculo foi apurada sem utilização do recurso do arbitramento, e sim em consonância com o artigo 61, XIX, do RICMS/BA/97 em redação vigente à época dos fatos geradores da imputação 01, utilizando-se a Margem de Valor Adicionado de 20% tal como prevista no item 13 do Anexo 88 do RICMS/BA/97 para as operações de aquisição de açúcar de cana.

O prazo de recolhimento do tributo está previsto no artigo 125, II, “b” c/c artigo 371, ambos do RICMS/BA/97, e foi descumprido pelo contribuinte, portanto o elemento temporal do fato gerador já se havia verificado quando das datas de ocorrência objeto do lançamento de ofício. A obrigação principal de recolhimento do imposto pelas operações levantadas não foi cumprida pelo contribuinte, e o Fisco efetivou o devido lançamento. A obrigação do contribuinte quanto a tais recolhimentos encontrava-se prevista no artigo 353, II, item 12, do RICMS/BA/97.

Em relação à imputação 02, está baseada em documento fiscal de aquisição de mercadoria pelo sujeito passivo, e o recorrente nada traz em termos de documentos, ou de argumentos, aos autos, que sequer indique possível equívoco do fisco quanto à constatação do não recolhimento do imposto devido pelo contribuinte em razão daquelas operações.

Por tudo quanto exposto, verificando estar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário quanto à imputação 03, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário quanto às imputações 01 e 02, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário quanto à imputação 03 e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado quanto às demais, homologando a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210442.0018/09-3**, lavrado contra **NOVA VIDA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 493.581,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2013

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS