

A. I. Nº - 083440.0085/12-2
AUTUADO - CHALÉ REFEIÇÕES LTDA.
AUTUANTE - SUZANA QUINTELA NUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/03/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-03/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. O contribuinte que realiza aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária com antecipação do fato gerador e que não tem o ICMS substituído na origem deve efetuar o pagamento quando do recebimento da mercadoria. Preliminares de nulidade rejeitada. Indefiro pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

O auto de infração, lavrado em 26/09/2012, exige ICMS no valor de R\$96.714,29, em razão de terem sido apuradas as seguintes irregularidades: 1) A empresa deixou de recolher o ICMS, identificado após Auditoria das Aquisições de Bens de Uso e Consumo, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de 01/01/2008 a 31/12/2009; 2) Não recolheu o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89, referente ao período de 01/01/2008 a 31/12/2009. Demonstrativos e cópias da auditoria realizada foram entregues ao contribuinte mediante recibo.

O contribuinte apresenta sua impugnação ao tempo em que informa que é “fornecedora da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e da PETROBRÁS” mantendo com estes clientes contratos de prestação de serviços de fornecimento de refeições. Acrescenta que estes contratos de fornecimento assinados pelo estabelecimento autuado por força do vínculo contratual efetua compras, através de NF-e na qual por força de exigências contratuais são colocadas algumas informações. De acordo com a impugnante “*tais compras representam as embalagens e materiais auxiliares para por a refeição e distribuir em cada unidade na qual realiza o fornecimento das refeições*”. Comenta a respeito do cumprimento da legislação administrativa e fiscal.

Observa que “*as aquisições das mercadorias, ou seja, insumos, não foram para revendas e sim para complementar as saídas das refeições, já transformadas, a serem entregues em cada unidade na qual realiza o fornecimento das refeições em embalagem descartável*” ressalta que, todas as NF’s contidas no Auto de Infração em tela, integram o custo dos serviços de transformação das refeições. Anota que é fornecedora dos governos Estadual e Federal em diversos contratos firmados, para, fornecimento de refeições coletivas e como tal não poderia

“receber seus créditos oriundos desse fornecimento e ficar sem recolher suas obrigações tributárias e fiscais para o governo da Bahia”. Acrescenta que foi “a própria Secretaria da Fazenda, que autorizou os créditos em conta corrente em favor da autuada, que sempre se portou como adimplente; e que as provas apensas e apresentadas a presente impugnação são suficientes para comprovar que, o ponto de vista da ilustre auditora, de acordo com as jurisprudências, mediante os autos de infração por ela levantados devem ser julgados pelas improcedências, por conta dos equívocos por ela cometidos por não considerar a legislação pertinente.”(sic)

Requer “a nulidade do auto de infração, pelo fato de não concordar, de como foi procedido o levantamento das bases de cálculos que deram origem ao mesmo, e por não ter sido considerado os créditos, e ainda, de ter ocorrido apuração indevida, em conformidade com os livros fiscais, livros estes que darão respaldo suficiente à autuada para provar que não houve a má fé de burlar o erário. e, baseada na legislação pertinente e na documentação apresentada, vale ressaltar que, todo réu tem o direito a ampla defesa e a decisão, esta fica mercê da autoridade julgadora”.

Cita e anexa o Acórdão JJF nº 0178-03/12 da 3ª. JJF que julgou improcedente, o AI nº110120.0012/11-8. e ratifica o pedido de uma “perícia contábil e fiscal, para ‘in loco’ na sede da autuada ser examinada a documentação suporte que tem lastro nas legislações pertinentes”. Observa que efetuou o recolhimento do ICMS, não causou danos ao Erário Estadual e não pode ser penalizada.

Anexa como meio de prova cópia dos DAES, e planilhas do recolhimento do ICMS com base na receita bruta.

Anota que a “CF/88, artigo 5º prevê o contraditório e ampla defesa num mesmo dispositivo, determinando de maneira expressa a sua observância nos processos de qualquer natureza, pericial ou administrativo.” (sic)

Observa que comprova as suas razões com “jurisprudências de Autos de Infrações levantados contra a própria autuada, que foram julgados improcedentes pela 3ª.”. JJF”

Argui a nulidade da ação fiscal, “em função da descrição e tipificação dos fatos, por não ter considerado a opção da impugnante/autuada; e por via de consequência, não pode acatar o crédito tributário, sem fundamento para sua realização, em face de análise dos fatos, e documentos comprobatórios, representados pelos DAES (Documentos de Arrecadação Estadual), recolhidos tempestivamente de maneira adimplente, tudo como base para recolhimento a receita bruta, aos itens do art. 504 do RICMS”

Requer por fim que seja julgado nulo o “Auto de Infração vestibular, considerando-se os aspectos fáticos de direito e das provas, e ainda, ao final seja julgado improcedente o auto de infração” e “protesta por todos os meios de provas em direito admitidas, máxime pela documental já anexada, e outros documentos que se fizerem necessários e requeridos, e testemunhal”.

A autuante apresenta sua informação fiscal observando inicialmente que “a autuada na sua defesa demonstra claramente sua intenção de protelar o pagamento do imposto devido demonstrado no Auto de Infração em tela”

Que nada é questionado sobre o fato e que ao criticar o lançamento “apenas descreve o que consta no corpo do Auto de Infração”

Entende que a argumentação para pedir a nulidade do Auto de Infração por simples discordância de como foi procedido o levantamento da Base de Cálculo ou por não ser considerado os créditos fiscais não encontra respaldo já que os “demonstrativos juntados ao processo deixa claro o procedimento do levantamento da base de cálculo como vimos: Infração 01 – 06.02.01 é o valor da nota fiscal multiplicado pela diferença entre a alíquota interna e interestadual, respaldado no art.1º, § 2º, inciso IV, art. 5º, inciso I, 36§ 2º, inc. XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea “a”, art. 124,

inc. I e 132 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.” Na Infração 02 – 07.01.01 as “explicações listadas não dizem respeito às infrações que fazem parte do lançamento”.

Observa que não há justificativa para realização de uma perícia fiscal “já que a base de cálculo e o imposto devido estão claramente demonstrados nos autos”.

A autuante observa que a impugnante teve apenas o intuito de confundir este Conselho quando cita o Ofício 0407/12 decorrente do Acórdão JJF nº 0178-03/12 que julgou improcedente o A.I 110120.0012/11-8. Entende que as infrações listadas são totalmente diferentes das infrações listadas neste auto.

Entende que as provas juntadas pela autuada quais sejam: DAES – referentes ao recolhimento do ICMS devido com base na receita bruta, não tendo nenhuma relação com o ICMS reclamado no auto em tela; Quanto ao amplo direito de defesa, este foi respeitado e quanto o ao julgamento que gerou o Acórdão JJF 0178-03/12, como afirmamos, trata-se de infrações diversas, portanto sem relação com as listadas neste auto em discussão.

Conclui sua informação reafirmando que “*pelo exposto na frágil defesa da autuada onde em momento algum questionou os valores apresentados nas infrações 01 e 02 referente a cobrança da diferença de alíquota e substituição tributária, respectivamente, focando no pedido de nulidade, improcedência e jurisprudência de um julgamento com elementos completamente distintos, fica fácil para este Egrégio Conselho julgar pela procedência total do auto em tela*”.

VOTO

Como acima relatado o lançamento de ofício exige ICMS e multa em razão de terem sido apuradas duas infrações: 1) Não recolhimento do ICMS observado em virtude do não pagamento da “diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento” e 2) Não recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89”

A impugnação apresentada inicialmente faz referencia ao fato de que a autuada é fornecedora da SESAB e da Petrobrás, informação que por si só nada acrescenta ou retira à sua defesa. Reconhece que os bens objeto da auditoria são embalagens e materiais auxiliares para colocação de refeições distribuídas a cada um dos seus clientes. A caracterização deste material como insumo é tese defendida pelo autuado.

O seu pedido de nulidade do auto de infração por simplesmente não concordar, de como foi procedido o levantamento das bases de cálculos ou por não ter sido considerado os créditos não pode ser atendido. A discordância sem fundamento jurídico ou fático não pode ser acolhida como fundamento para considerar-se nulo o lançamento. Foi dada ao contribuinte possibilidade ampla de defender-se.

O Acórdão JJF nº 0178-03/12 da 3ª. JJF que julgou improcedente, o AI nº110120.0012/11-8 citado como possível paradigma para uso neste processo não tem relação direta com o PAF em epígrafe. Trata-se como colocou o autuante de infrações totalmente diferentes daquelas listadas no presente auto. Não vemos também a necessidade de que seja realizada uma “perícia contábil e fiscal, para ‘in loco’” ser examinada a documentação. O exame do material necessário para caracterização da infração foi realizado de forma satisfatória. Os DAES, e planilhas do recolhimento do ICMS com base na receita bruta não tem relação com o ICMS reclamado no auto em epígrafe

O artigo 5º da Constituição Federal que prevê o contraditório e ampla defesa num mesmo dispositivo, determinando de maneira expressa a sua observância nos processos de qualquer natureza, judicial ou administrativo foram perfeitamente respeitados.

Como vimos *em momento algum a autuada questionou os valores apresentados nas infrações*. Entendemos que em relação a infração 01 está correta a exigência no sentido de que é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Quanto a infração descrita no item 2 entendemos que está perfeitamente caracterizada pois tendo o contribuinte realizado aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária com antecipação do fato gerador e que não teve o ICMS substituído na origem deve efetuar o pagamento quando do recebimento da mercadoria. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração Nº **083440.0085/12-2** lavrado contra a **CHALÉ REFEIÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.714,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR