

**PROCESSO** - A. I. N° 207102.0001/11-8  
**RECORRENTE** - DISTRIBUIDORA QUATRO IRMÃOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF n° 0102-02/13  
**ORIGEM** - INFRAZ JUAZEIRO  
**INTERNET** - 16/05/2014

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0110-11/14

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração comprovada. Afastadas as arguições de nulidade da autuação e da Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$63.407,10, em decorrência de uma única infração: Deixou de recolher 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.

Em primeira instância, os Ilustres Julgadores da 2<sup>a</sup> JJF, não analisaram as arguições de constitucionalidade feitas pelo contribuinte, por conta da previsão constante no art. art. 167, I, do RPAF/99.

A nulidade suscitada na Impugnação foi afastada em razão do seguinte:

*Observo que o autuante expôs com clareza e fundamentou a infração imputada, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, inclusive, após a realização da revisão fiscal, fl. 69, foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, em plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação. Portanto, não constatei nenhum vício formal da constituição do crédito tributário em questão.*

Quanto ao mérito, assim concluiu a 2<sup>a</sup> JJF:

*No mérito, observo que o autuado não nega o fato da falta de recolhimento do ICMS, apenas questionou as datas de entradas consignadas nos levantamento fiscal.*

*Assim, passo ao exame dos documentos fiscais que embasaram a autuação.*

*Quanto à Nota Fiscal n° 123170, datada de 17/02/2011, consignado pelo levantamento fiscal como a data de ocorrência de 28/02/2011, alega a defesa que o bem foi enviado para revisão no Estado de Pernambuco, para posterior entrada em seu estabelecimento.*

*Entendo que tal alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que caberia a defesa comprovar em que data teria ocorrido a efetiva entrada em seu estabelecimento. A defesa simplesmente alegou que não teria entrado no mês apontado no levantamento fiscal, porém não informou e nem comprovou qual seria a data de entrada.*

*Cabe ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo 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.*

Logo, entendo que não merece reparo a data consignada na autuação.

Em relação às Notas Fiscais nºs 131 e 105163, emitida em 15/03/2011 e 23/03/2011, respectivamente, a defesa alega que não consta data de saída nos documentos fiscais. De igual modo entendo que a alegação defensiva não é capaz de elidir a imputação, uma vez que a falta de indicação da data da saída não pode ser aceita como uma forma de anistia para o ICMS devido na operação.

Não é razoável aceitar que uma aquisição no valor de R\$25.000,00, Nota Fiscal nº 131, fl. 65, paga à vista, não fosse questionada pelo autuado caso não lhe fosse entregue pelo fornecedor. De igual forma, a Nota Fiscal nº 105163, fl. 64, no valor de R\$ 29.359,00, embora paga em 03 parcelas.

Assim, em relação aos referidos documentos fiscais, não tendo a defesa apresentado nenhum documento para comprovar que a entrada ocorreu em outra data, entendo que deve ser mantida a data de ocorrência lançada no Auto de Infração.

Relativamente às Notas Fiscais nºs 185886 e 185887, emitidas em 27/05/2011, consignada com data de ocorrência de 31/05/2011, a defesa alegou que não poderiam ter entrado no estabelecimento no mesmo mês da emissão, pois seu fornecedor é localizado no Rio Grande do Sul, ou seja, com uma distância superior à 3.000 Km, fato que foi acolhido pelo autuante em sua informação fiscal à folha 68.

Entendo que a revisão do levantamento fiscal deve ser acolhida, uma vez o emitente das notas fiscais encontrase localizado no Rio Grande de Sul, sendo improvável que os bens tivessem dado entrada no estabelecimento autuado dentro do mesmo mês, considerando que às Notas Fiscais foram emitidas no dia 27 do mês. Logo, a data da ocorrência deve ser alterada para 30/06/2011.

No tocante às Notas Fiscais 194386 e 194387, emitidas em 29/06/11, ambas emitidas pelo fornecedor localizado no Estado do Rio Grande do Sul, acolho o argumento defensivo de que não teria tempo hábil para entrega dos produtos no mesmo mês da emissão.

Ressalto, como bem destacou em sua informação fiscal, o próprio autuado declarou, mediante escrituração no livro Registro de Entradas, que as mercadorias entraram em seu estabelecimento nos meses consignados no levantamento fiscal.

Portanto, acato a revisão fiscal realizada pelo autuante, tendo alterado a data de ocorrência para 31/07/2011, folha 69 dos autos, abaixo reproduzida:

D. OCORR.	VR. ICMS HISTÓRICO
28/2/2011	8.500,00
31/3/2011	5.435,90
30/6/2011	24.735,60
31/7/2011	24.735,60
<b>TOTAL</b>	<b>63.407,10</b>

Por fim, quanto a multa aplicada, entendo que o procedimento do autuante foi correto ao indicar o percentual de 60%, previsto na alínea “f”, inciso II, artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, de acordo com as datas de ocorrência retificada pelo autuante à folha 69.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Suscita a nulidade por cerceamento de defesa, pois, entende que são idênticos o demonstrativo original do débito fiscal e o demonstrativo retificado pelo autuante, decorrente do acolhimento das alegações defensivas e que acarretou a reabertura do prazo de defesa. Aduz que esta preliminar de nulidade não foi enfrentada pela Decisão de primeira instância, o que acarreta a sua nulidade por falta de fundamentação.

No mérito, repete os argumentos da Impugnação, aduzindo que os fatos geradores teriam tido ocorrência com base no art. 5º, I, do RICMS/97, entretanto, a entrada, a que se refere o dispositivo regulamentar, é a entrada efetiva, no caso, em se tratando de mercadoria para integrar o ativo fixo, não há como se falar em entrada ficta, que seria aquela em que a mercadoria, antes da sua entrada no estabelecimento, fosse objeto de alienação.

Transcreve o art. 322, § 3º, I, do RICMS/97, alegando que o citado regulamento ensina que a escrituração das notas fiscais deve ser em ordem cronológica a partir da entrada efetiva da mercadoria no estabelecimento.

Aduz que documento integrante do Auto de Infração informa que as notas fiscais, de que trata a

espécie, são as seguintes: 194387, 194386, 185887, 185886, 105163, 131 e 123170, porém, os documentos acostados comprovam, em seu entendimento, o seguinte:

- a) a nota fiscal nº 194387, emitida pela RANDOM S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES, de Caxias no Rio Grande do Sul, contém a data de emissão de 29.06.2011, pelo que seria, materialmente impossível, a mercadoria haver entrado no estabelecimento, no mesmo dia 29.06.2011, uma vez que, de Caxias do Sul para Juazeiro da Bahia, são exatamente 3.164 Km, sendo que, na própria nota fiscal, no espaço reservado ao fisco, há um carimbo datado de 30.06.2011, informando que a mercadoria ainda se encontrava na estrada; logo, a entrada no estabelecimento somente teria ocorrido em julho de 2011, o que, aliás, está explícito no nota fiscal co-irmã nº 194386, emitida também em 29.06.2011 e que fez parte da mesma carga na mesma transportadora DANIELLE TRANSPORTE DE CARGAS, por onde se vê que somente em 02.07.2011 a mercadoria adentrou no território baiano, como adiante se verá; logo a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de junho de 2011;
- b) a nota fiscal nº 194386, emitida pela RANDOM S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES, de Caxias no Rio Grande do Sul, contém a data de emissão de 29.06.2011, pelo que seria, materialmente impossível, a mercadoria haver entrado no estabelecimento, no mesmo dia 29.06.2011, uma vez que, de Caxias do Sul para Juazeiro da Bahia, são exatamente 3.164 Km, sendo que, na própria nota fiscal, no espaço reservado ao fisco, há um carimbo datado de 02.07.2011, informando que a mercadoria ainda se encontrava sendo transportada pela transportadora DANIELLE TRANSPORTE DE CARGAS, por onde se vê que somente em 02.07.2011 a mercadoria adentrou no território baiano; logo a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de junho de 2011;
- c) a nota fiscal nº 185887, emitida pela RANDOM S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES, de Caxias no Rio Grande do Sul, contém a data de emissão de 27.05.2011, pelo que seria, materialmente impossível, a mercadoria haver entrado no estabelecimento, em 31.05.2011, uma vez que, de Caxias do Sul para Juazeiro da Bahia, são exatamente 3.164 Km, sendo que, na própria nota fiscal, no espaço reservado ao fisco, há um carimbo datado de 03.06.2011, e que somente em 03.06.2011 a mercadoria adentrou no território baiano; logo a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de maio de 2011;
- d) a nota fiscal nº 185886, emitida pela RANDOM S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES, de Caxias no Rio Grande do Sul, contém a data de emissão de 27.05.2011, pelo que seria, materialmente impossível, a mercadoria haver entrado no estabelecimento, em 31.05.2011, uma vez que, de Caxias do Sul para Juazeiro da Bahia, são exatamente 3.164 Km, sendo que, na própria nota fiscal, no espaço reservado ao fisco, há um carimbo datado de 03.06.2011, e que somente em 03.06.2011 a mercadoria adentrou no território baiano; logo a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de maio de 2011;
- e) as notas fiscais nºs 131 e 105163 foram emitidas, respectivamente, por TANQUES BOM JESUS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, localizada em Limeira São Paulo, e por BMB MODE CENTER IND. COM. E SERVIÇOS LTDA, localizada em Porto Real Rio de Janeiro, em 15.03.2011 e 23.03.2011, não havendo, porém, datas das saídas das mercadorias dos estabelecimentos industriais, logo se torna impossível à impugnante comprovar em que datas as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento para efeito de ocorrência do fato gerador do ICMS; assim, a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de março de 2011;
- f) a nota fiscal nº 123170, emitida por MAN LATIN AMERICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA, localizada em Resende Rio de Janeiro, em 17.02.2011, embora conste como data de saída a de 21.02.2011, essa saída, como consta da própria nota fiscal, o foi para Veneza Diesel Comércio Ltda, na Av. Mascarenhas de Moraes, 1413, Imbiribeira, Recife-PE, para efeito de revisão e só após é que a mercadoria entraria efetivamente no estabelecimento autuado; não se sabe o tempo dessa revisão e quando a mercadoria saiu de Recife-PE para entrada no estabelecimento autuado; logo se torna impossível à impugnante comprovar em que datas as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento para efeito de ocorrência do fato gerador do ICMS; assim, a cobrança do ICMS não pode ser feita a partir do período fiscal de fevereiro de 2011.

Observa que é extemporânea a cobrança feita, no caso, haja vista que dispõe o art. 124, I, “a”, do RICMS:

“Art. 124. O recolhimento do ICMS será feito (art. 980):

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores:

a) pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto;”

Argumenta que mesmo que o autuado, por equívoco, tenha escrutado as notas fiscais referidas como se as entradas no estabelecimento tivessem ocorrido nas datas de emissão, nos estabelecimentos de origem, evidente o erro material que não pode comprometer o fato gerador, no caso, que é a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento da impugnante.

Defende que a pretendida multa apontada pelo autuante (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96) é uma multa punitiva, de caráter penal, não podendo a impugnante ser penalizada com base em uma “tipologia aberta”, cuja infração depende de uma “tipologia fechada”, transcrevendo o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Frisa que há violação ao princípio da legalidade ou o princípio da reserva legal, que são princípios constitucionais e não admitem uma condenação com base numa “tipologia aberta”, como consta do Auto de Infração, citando doutrina sobre o tema.

Em Parecer de fls. 143/144, frente e verso, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Quanto ao argumento da lesão à ampla defesa, entende que resta claro a modificação das datas dos fatos geradores dos fatos imponíveis do lançamento, tendo sido oferecida ao recorrente o prazo para contestar as alterações, e, outrossim, atacar a matéria de fundo do Auto, o que não foi realizado em momento algum. Entende que não há qualquer indício de vício no lançamento.

No que se refere à multa, observa que esta é aplicada pelo Executivo em cumprimento de lei emanada do Legislativo, tendo como norte a dinamização do princípio basilar, no que se refere a atos sancionatórios, da prevenção especial e geral, não cabendo qualquer discussão sobre possível vestimenta de ilegalidade nesta seara.

Observa que no pertinente à matéria de fundo objeto do lançamento, o recorrente não trouxe qualquer elemento de refutação à autuação, cingindo-se a contestação genérica e vazia.

## VOTO

Quanto à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, observo que houve sim alteração no demonstrativo elaborado pelo autuante, haja vista que a data de ocorrência das infrações foram alteradas, conforme se pode perceber da leitura da Informação Fiscal de fls. 68-69. Note-se que a mudança da data da infração não altera o valor principal do crédito tributário, mas, interfere no cálculo dos acréscimos moratórios (taxa SELIC) que são aplicados sobre o valor principal.

Destarte, não vislumbro cerceamento do direito de defesa na retificação do demonstrativo original realizada pela autuante mediante a informação fiscal de fls. 68/69. Frise-se, ainda, que foi reaberto o prazo de defesa após tal retificação.

Quanto à alegação de nulidade da Decisão recorrida por falta de fundamentação, observo que o acórdão de primeira instância enfrenta sim a questão da nulidade e conclui que:

*Observo que o autuante expôs com clareza e fundamentou a infração imputada, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, inclusive, após a realização da revisão fiscal, fl. 69, foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, em plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação. Portanto, não contei nenhum vício formal da constituição do crédito tributário em questão.*

Note-se que o julgador não precisa se manifestar sobre todas as alegações defensivas, rebatendo, um a um, todos os argumentos, se já tiver encontrado fundamentação para a sua Decisão. Neste sentido a jurisprudência pacífica do STJ:

**PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA.**

**INCLUSÃO DO NOME DO CÔNJUGE COMO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.**

**1. Não há omissão na Decisão recorrida que tivesse por consequência a violação do art. 535, II, do CPC. As questões apresentadas na apelação não foram decididas conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.**

**2. Dessarte, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a Decisão, o que de fato ocorreu.**

3. O recorrente pretende a interpretação da Lei Complementar Estadual n. 12/99 e da Lei Estadual n. 13.875/2007; todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do Recurso especial, em face da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013) (grifamos)

Frise-se que a Decisão recorrida relata, uma a uma, todas as alegações defensivas, e concluiu por não acatá-las.

Destarte, rejeito as arguições de nulidade por cerceamento do direito de defesa e de nulidade da Decisão recorrida.

Quanto ao mérito, observo que o Recorrente não traz qualquer argumento que afaste a ocorrência da infração: "Deixou de recolher 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.", haja vista que somente impugnou as datas em que as mercadorias entraram em seu estabelecimento, o que já motivou a retificação das datas de ocorrência dos fatos geradores.

Ou seja, em momento algum o Recorrente nega que as mercadorias entraram em seu estabelecimento ou comprova que o ICMS referente ao diferencial de alíquotas foi recolhido aos cofres do Erário Estadual.

Por fim, quanto à multa aplicada, art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, há de se observar que se trata de uma tipificação sancionatória aplicada aos casos em que houve falta de recolhimento de ICMS, por qualquer motivo. O caso em análise, sem dúvida, refere-se a uma falta de recolhimento de ICMS (diferencial de alíquotas), a qual sequer é questionada pelo Recorrente.

A apreciação da eventual constitucionalidade da multa constante no dispositivo legal acima referido, em virtude da sua descrição genérica como defende o Recorrente, não é de competência deste Órgão Julgador administrativo por conta da previsão constante no art. 125, I, do COTEB.

Face ao exposto, não vejo motivos para reformar a Decisão recorrida que julgou Procedente a autuação fiscal. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 2071020001/11-8, lavrado contra DISTRIBUIDORA QUATRO IRMÃOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$63.407,10, 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 abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS