

A. I. Nº - 206882.1326/13-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS SAN MARTIM LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/05/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-06/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração elidida. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. DECRETO Nº 7.799/2000. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTES. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS SUBSEQÜENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração improcedente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS ANTERIORES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. Multa de 5% sobre o valor das diferenças apuradas, limitada a 1% dos valores das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2012, exige ICMS e a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$72.502,18, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativos em anexo. Valor histórico R\$20.064,43 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte utilizou-se indevidamente da redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista - Decreto nº 7799/00, quando da comercialização de mercadorias a não contribuintes do ICMS (ISENTOS de Inscrição), conforme demonstrativo em anexo. Valor histórico R\$7.757,39 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte utilizou-se indevidamente da redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista - Decreto nº 7.799/00, quando da comercialização de mercadorias a não contribuintes do ICMS, conforme demonstrativo em anexo. Valor histórico R\$765,46 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de

mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. O contribuinte efetuou o estorno de crédito a menor quando da entrada de mercadorias com posterior saída ampara pela redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00, conforme demonstrativos em anexo. Valor histórico R\$4.008,57 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagam. dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativos em anexo. Valor histórico R\$820,12 – Multa de 100%;

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, conforme demonstrativos em anexo. Valor histórico R\$1.500,84 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme demonstrativos em anexo. Valor histórico R\$4.817,04 – Multa de 100%;

INFRAÇÃO 8 – Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, conforme demonstrativos em anexo. Multa percentual de 5% de R\$32.768,33;

O autuado apresenta a peça defensiva de fls. 246/252, inicialmente, reconhece as infrações 2, 3, 5, 6, 7 e 8, porém contesta as imputações 1 e 4.

Aduz que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (Constituição Federal, art. 5º, inc. LV).

Suscita a preliminar de nulidade quanto às infrações remanescente (1 e 4). Afirma a existência de vícios no Auto de infração provocados pela digna preposta fiscal; vícios estes que, conforme os nobres representantes deste órgão julgador irão constatar, implicam na nulidade das infrações 1 e 4 nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Para o Auto de Infração ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, inclusive, no RPAF/99.

Na infração 1, alega que não há nenhuma irregularidade, posto que, ao contrário, de acordo com todo material anexado, verifica-se, facilmente, que a Autuante cometeu equívocos ao não analisar devidamente as Notas Fiscais (anexas) nºs 36898, 36899, 36902, 36903, 36904, 36909, 36914, 36915 e 36917.

Destaca que basta uma conferência nas notas fiscais emitidas que serão constados os equívocos por parte da fiscalização. Explica que no próprio corpo das notas fiscais contem a informação de ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO, conforme demonstrado no código fiscal CFOP nº 5949. Esclarece que, a empresa, ora autuada, transferiu o endereço, e assim, houve transferência de estoque de um galpão para outro. De forma muito clara ocorreu um erro material, que deverá ser revisto e sanado.

Pontua que quando ocorre transferência de estoque da mesma empresa, não há tributação. Assim, está normatizado no próprio corpo das NF's, no caso em tela destacado, a saber: Art. 6º, IX do RICMS/97.

Cita entendimento de Misabel Abreu Machado Derzi (2000, p. 809), *"A modificação de um ato administrativo, na esfera administrativa, poderá ser feita por meio de revogação ou anulação. A revogação supõe que a Administração desfaça ou refaça o ato, por iniciativa própria, fundada em razões de conveniência e oportunidade. Todavia, a autuada, de forma tempestiva apresenta a presente defesa com intuito de demonstrar estes vícios"*. Afirma que não incide ICMS na transferência interestadual de mercadorias da mesma empresa, mesmo após a LC nº 87/96.

Salienta que o fato gerador do ICMS é a operação relativa à "circulação de mercadorias" ou a "prestação de serviços de transporte ou de comunicação". Assim, só incide o imposto, no caso de mercadorias, na hipótese de ocorrer a sua efetiva circulação. Registra que não pode pairar nenhuma dúvida acerca da matéria, vez que a simples remessa ou transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, caracteriza-se como mero transporte e, assim, intributável por meio de ICMS.

Declara que, de fato, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento não constitui "circulação", para efeito de incidência do ICMS que pressupõe a transferência da propriedade ou posse dos bens, ou seja, a mudança de sua titularidade por força de uma operação jurídica, tal como: compra e venda, doação, permuta. Trata-se de questão que já estava absolutamente superada pela jurisprudência de nossos Tribunais. Reproduz a matéria do Supremo Tribunal Federal (AI 131.941-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – un. DJ 19.4.91, p. 4583), trecho da Súmula nº 166/1996, posicionamento do STJ (SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP.).

Defende que a natureza da operação é a de transferência de produtos entre "estabelecimentos" de mesma propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a Súmula 166 do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. Cita Agravo Regimental (AgRg no AREsp 69931/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/02/2012; AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010).

Desta forma, afirma que está amparada legalmente e tendo apresentada toda documentação que demonstra os equívocos contidos nesta infração por parte da Autuante, requer a anulação da infração ora discutida.

Na infração 4, alega que não houve irregularidade, e, mais uma vez a Autuante equivocou-se. A infração em análise merece ser anulada em razão do estorno ter sido efetuado regularmente, conforme o valor informado no total dos débitos do livro de apuração do mês de AGOSTO/2011 (ANEXO), e o livro nº 0004 de REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, facilmente se detecta que houve sim, o estorno de crédito fiscal, e, ainda, o mesmo foi realizado a maior (ANEXO).

Ademais, no livro Registro de Apuração está lançado a débito, referente as Notas Fiscais nºs 699, 652, 648, 698, 804 e 529 (ANEXO). Logo, está devidamente comprovado no livro de registro de apuração que foi realizado o estorno. Portanto, deverá ser anulada a infração 4, e por conseguinte, inexistente a multa, que não tem nenhuma aplicabilidade face a inobservância da ilegalidade.

Pede pela que seja reconhecida a nulidade das infrações 1 e 4, em razão da comprovação da ilegalidade da cobrança, e ainda, tendo apresentada toda documentação como prova em anexo. Mais do que isso, pede que não obstante o reconhecimento da nulidade das infrações, os nobres julgadores, por força da determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, decidam pela sua IMPROCEDÊNCIA, para que se evite, inclusive, um futuro prejuízo para o Estado, o qual terá que arcar com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo. Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito.

A autuante em sua informação fiscal, fls. 291/292, inicialmente, verifica que das 8 (oito) infrações apontadas contra o contribuinte supra indicado, o contribuinte apresenta defesa, contestando parcialmente o levantamento fiscal, onde, no mérito, reconhece 6 (seis) infrações, tendo

recolhido as respectivas importâncias, e impugna as Infrações 1 e 4.

Com relação a Infração 1, está comprovado, nos autos, que não houve erro de aplicação da alíquota, e sim, falta de destaque do imposto, por se tratar de operação não sujeita a incidência de ICMS (transferência de mercadoria em razão de alteração de endereço do mesmo estabelecimento, CFOP nº 5949), para tanto, foi colacionado ao PAF os documentos de fls. 261 a 271.

Com relação a Infração 4, de forma sintética, junta ao PAF o doc. de fls. 286 (já acostado originalmente às fls. 209), onde comprova ter efetuado o estorno de crédito fiscal.

Reconhece e acata as razões defensivas com relação às Infrações 1 e 4, mantendo o quanto reclamado originalmente nas demais.

Nas fls. 294/298, constam Processo SIPRO nº 447346/2013-2 referente ao "Termo de Confissão de Dívida" - REFIS, no qual o autuado reconhece o débito das infrações 2, 3, 5, 6, 7 e 8, sendo que o mesmo renuncia seus direitos de defesa quanto a estas imputações. Também constam extratos de pagamentos referentes às infrações citadas no valor principal reconhecido de R\$18.937,68.

VOTO

Destaco que o presente Auto de Infração foi lavrado com obediência ao art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, as infrações 2, 3, 5, 6, 7 e 8 foram reconhecidas, e por não haver controvérsias quanto aos seus cometimentos ficam mantidas.

Quanto à infração 1, referente ao recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, restou comprovado que de fato, o que ocorreu foi a falta de destaque do imposto, nas notas fiscais, objeto da infração, por se tratar de operação não sujeita à incidência de ICMS - transferência de mercadorias em razão de alteração de endereço do estabelecimento. Os documentos de fls. 261 a 271 comprovam-na, e foram inclusive acatados pela autuante. Infração elidida.

No que concerne à infração 4, o estorno de crédito que está sendo exigido, foi devidamente efetuado, antes da ação fiscal, consoante o documento de fl. 286, fato também acatado pela autuante, na informação fiscal. Desta forma não subsiste a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.1326/13-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS SAN MARTIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$15.660,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.023,69 e 100% sobre R\$5.637,16, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$32.768,33**, prevista no inciso XIII-A, "i", do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR