

A. I. N° - 298578.0001/12-2
AUTUADO - FRICEN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23. 04. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-01/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Fatos demonstrados nos autos. Questionados os critérios adotados no levantamento fiscal. Não apontada objetivamente a existência de erros materiais. Lançamento mantido. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Não acatada a alegação de cerceamento de defesa. Não impugnados os elementos materiais do levantamento quantitativo. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30.3.12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 131.578,78, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2007, 2008 e 2009), sendo lançado imposto no valor de R\$ 20.752,49, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 576/579) suscitando em preliminar a nulidade do item 2º do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, alegando que não existe, ou ao menos não lhe foi fornecido, qualquer demonstrativo analítico que contemple os elementos constantes no levantamento quantitativo por espécies de mercadorias de que cuida o referido item 2º. Reclama que a ausência de elementos que indiquem como a fiscalização obteve os valores relacionados às quantidades de cada tipo de mercadoria registradas tanto nas entradas do contribuinte quanto das saídas, especificando-as Nota a Nota, prejudica o pleno exercício do contraditório e impede qualquer manifestação defensiva por parte do sujeito passivo, razão pela qual pugna pela nulidade dessa infração, alegando absoluta falta de elementos que respaldem a presunção do fisco.

Também em preliminar, relativamente ao 1º item, o autuado protesta que não lhe foram fornecidos os arquivos magnéticos onde constam as planilhas elaboradas pela autuante, reclamando que isso constitui cerceamento de defesa, suficiente para se decretar a nulidade da infração, ou ao menos para que se imponha a reabertura do trintídio de lei.

Frisa que, pela análise das planilhas que integram a peça autuatória, a autuante, ao efetuar o cálculo das colunas “ICMS ST TOTAL” e “ICMS NF”, deixou de deduzir o crédito fiscal consignado na operação e destacado na Nota Fiscal de origem, desrespeitando o critério da não cumulatividade que baliza o ICMS, conforme prevê a Constituição, apurando no levantamento fiscal uma diferença de imposto inexistente, razão pela qual considera que se deva determinar, ao menos, a realização de diligência técnica para que possam ser deduzidos os valores relativos aos créditos fiscais destacados nas Notas Fiscais de origem.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente, por reclamar tributos indevidos.

A autoridade fiscal responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 588-589) rebatendo que as alegações do autuado quanto à nulidade dos lançamentos não procedem, uma vez que todos os documentos e demonstrativos que embasam o Auto de Infração foram fornecidos ao contribuinte, conforme termo de entrega à fl. 570.

Considera que a 2ª infração está devidamente fundamentada em demonstrativos sintético e analítico, conforme consta às fls. 183 a 469. Aduz que o demonstrativo analítico foi gerado a partir das informações fornecidas pelo contribuinte em arquivo magnético, e os dados estão detalhados, Nota a Nota, inclusive com informações dos CNPJs dos clientes, datas das vendas, quantidades e valores das mercadorias, de modo que todos esses elementos permitem ao autuado identificar com precisão as operações que geraram alterações no estoque.

Com relação ao item 1º, assinala a autuante que já contestou a alegação do contribuinte de que não teria recebido os arquivos magnéticos com as planilhas fiscais, haja vista o termo à fl. 570.

Quanto à reclamação do contribuinte de que no cálculo das colunas “ICMS ST TOTAL” e “ICMS ST NF” não teria sido deduzido o crédito fiscal consignado na operação, a autuante contrapõe que os demonstrativos às fls. 25 a 27, 103 a 105 e 171 a 173, relativos ao item 1º do Auto, demonstram que os cálculos foram feitos considerando e deduzindo quaisquer créditos fiscais existentes. Observa que a planilha indica em seu cabeçalho o valor destacado e indica a respectiva dedução. Dá como exemplo a Nota Fiscal 6786, do fornecedor com o CNPJ 42947465000528 [sic], emitida em 12.1.07 [corrija-se: 6.1.07 – fl. 100], cujos dados se encontram no demonstrativo à fl. 26. Explica que o cálculo do “ICMS ST” [ICMS devido por substituição tributária] é feito a partir da aplicação da alíquota de 17% sobre a “BC ST MAIOR” [sic], deduzindo-se o “ICMS Dest.” [ICMS destacado]. Salienta que os cálculos foram feitos no valor unitário da mercadoria e posteriormente esse valor foi multiplicado pela quantidade das mercadorias, obtendo-se o “ICMS ST TOTAL” [sic]. Passa a demonstrar os cálculos, assim:

$$\text{“BC ST MAIOR x Alíquota} = 7,17 \times 0,17 = 1,62$$

$$\text{Deduzindo o ICMS Dest} = 1,62 - 0,60 = 0,62 \text{ (ICMS ST)}$$

$$\text{ICMS ST x quantidade prod} = 0,62 \times 612,9 = 379,29”$$

Opina pela manutenção da autuação.

O processo foi julgado procedente em parte em primeira instância através do Acórdão JJF 0180-03/12 (fls. 592/596), mantendo-se o item 2º e anulando-se o item 1º por falta de certeza e liquidez, em virtude de vícios na concepção do procedimento fiscal, comprometendo de tal forma os resultados que a sua depuração constituiria uma nova fiscalização.

Houve recurso de ofício.

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0037-12/13, deu provimento ao recurso de ofício e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento, por considerar que os vícios existentes neste lançamento podem ser depurados através de saneamento (fls. 620/623).

Submetido o processo à apreciação desta Junta, na pauta suplementar de 29.5.13, decidiu-se enviar o processo em diligência à repartição de origem (fls. 638-639), a fim de que o fiscal autuante procedesse à correção dos vícios formais assinalados no Acórdão JJF 180-03/12 (fls. 592/596). Quanto aos vícios de conteúdo (mérito), deveriam ser corrigidos e tornados compreensíveis os erros de soma e multiplicação, observando-se que os erros de soma e multiplicação apontados no referido Acórdão JJF 180-03/12 foram citados apenas a título de exemplificação, devendo ser corrigidos todos os erros de cálculo. Com relação aos créditos fiscais, deveriam ser considerados os créditos em conformidade com as Notas Fiscais de entrada.

A autoridade fiscal responsável pelo lançamento prestou nova informação (fls. 642/646) dizendo que foi utilizada a mais adequada metodologia para o cálculo do ICMS devido por substituição no caso de empresas que atuam nesse ramo de atividade [comércio atacadista de carnes], conforme passa a explicar.

Quanto ao que foi solicitado pelo órgão julgador na diligência, informa que procedeu à análise das planilhas que fundamentam o Auto, revisando os valores e cálculos realizados, e, de modo a tornar mais acessíveis e explicativos os dados apresentados, foram elaboradas novas planilhas por Nota Fiscal, onde estão indicados os seguintes dados: CNPJ do fornecedor, data da Nota, unidade da Federação de origem da mercadoria, número da Nota Fiscal, valor total de todos os produtos (sujeitos a antecipação parcial ou “total”), valor do ICMS destacado na Nota Fiscal, “Base Calc NF” (valor total de todos os produtos sujeitos à antecipação “total”), alíquota do produto (alíquota interna), alíquota de crédito (alíquota de 7%, independentemente da origem, conforme determina a legislação), BC ST Prod NF (base de cálculo total dos produtos sujeitos a antecipação “total”), ICMS NF (total de ICMS da antecipação total devido na Nota Fiscal, com o devido abatimento do ICMS destacado para os produtos da antecipação “total”). Observa que, pela análise da planilha, é possível notar que o ICMS destacado na Nota Fiscal é por vezes maior que o “ICMS DEST NF”, basicamente por duas razões: a) o ICMS destacado na Nota Fiscal refere-se ao total de ICMS calculado sobre todos os produtos constantes no documento, ou seja, pode conter produtos sujeitos a antecipação parcial e “total”, e como a planilha está restrita ao cálculo da antecipação “total”, foi excluída a parcela do ICMS destacado dos produtos sujeitos à antecipação parcial; b) quando a Nota Fiscal tem origem em unidades da Federação que utilizam a alíquota de 12%, esse crédito não pode ser totalmente utilizado no cálculo do ICMS da antecipação “total”, pois a legislação limita o crédito a 7%. Afirmo que os valores de ICMS destacados nas Notas Fiscais de entrada foram devidamente considerados para o cálculo do ICMS da antecipação “total”, na proporção e nos valores relacionados com os produtos sujeitos ao regime em questão.

Conclui informando que a discriminação dos campos nas planilhas, juntamente com a elaboração de planilhas por Nota Fiscal, visa a esclarecer e sanar os vícios formais citados no julgamento da Junta.

Com relação aos vícios de mérito, informa que procedeu à revisão dos cálculos efetuados, identificando erro na aplicação de uma fórmula, o que ocasionou distorção nos valores devidos pelo contribuinte, e, efetuada a correção, a infração passou a figurar com os valores que passa a indicar, por exercício, totalizando R\$ 157.299,83. Diz que se coloca à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais.

Dada ciência da reformulação do lançamento, o contribuinte manifestou-se (fls. 673/676) dizendo que ratifica todos os termos da peça defensiva inicial, sobretudo com respeito ao item 2º, e pugna pela nulidade do lançamento.

Com relação ao item 1º, alega que a revisão efetuada pela autoridade fiscal está impregnada de graves falhas na conclusão da diligência, porque o valor revisado supera o montante originariamente lançado, o que constitui indubitável “inovatio in pejus”, desqualificando todo o trabalho revisional, tendo a inovação atingido inclusive exercício já prescrito (2007), sobre o qual não poderia ter sido constituído qualquer crédito além do lançado originariamente, mesmo se feito

de forma regular, mediante uma ação fiscal própria, já que a capacidade do Estado de constituir qualquer elemento novo já havia perecido.

Outra questão que suscita diz respeito à declaração da revisora de que deixou de considerar o crédito efetivamente destacado na Nota Fiscal de origem, adotando de maneira genérica a alíquota interestadual de 7%, de maneira uniforme, sob a alegação de que é assim que determina a legislação, tendo isso sido dito à fl. 644, item 10, e repetido à fl. 645.

Reclama que as planilhas apresentadas pela revisora indicam que os cálculos foram feitos utilizando suposta pauta fiscal, sem ter acostado aos autos cópia das respectivas portarias e adotando procedimento não recepcionado no levantamento originário, o que não poderia ser feito, por caracterizar “inovatio in pejus” e sobretudo por causar grandes embaraços ao pleno exercício do contraditório.

Afirma que jamais deixou de pagar qualquer importância relativa ao ICMS, e para provar isso diz que anexou cópias de todos os documentos de arrecadação relativos ao período em análise.

Requer que sejam refeitos os cálculos com base nos elementos do Auto de Infração originário, considerando-se os documentos de arrecadação porventura não acatados pela autuante.

Pede que o Auto de Infração seja considerado improcedente.

A auditora pronunciou-se (fls. 987/989) dizendo que a base de cálculo e as alíquotas não sofreram nenhuma alteração ou majoração após a lavratura do Auto, e o processo foi encaminhado em diligência para correção de vícios formais e de mérito, que não comprometem o crédito constituído, cuja base tributável permaneceu inalterada. Aduz que a utilização de crédito pelo contribuinte, originado nas operações de entrada de mercadorias, leva em consideração quaisquer reduções permitidas ao contribuinte no momento da saída dessas mercadorias, e o crédito é reduzido proporcionalmente à redução do ICMS pelo regime de conta corrente, sendo que no caso em questão as saídas posteriores do contribuinte estavam contempladas pela redução prevista no art. 78-B [do RICMS], e sendo assim o contribuinte não poderia se creditar na entrada com 12% se nas saídas posteriores haveria o débito de apenas 7%. Quanto à ausência das portarias de pauta fiscal nos autos, considera que tal fato não compromete nem impossibilita a defesa, pois são publicações acessíveis e disponíveis para os contribuintes, que devem fazer uso delas, constantemente, no exercício de sua atividade comercial, para o cálculo do ICMS devido.

Conclui dizendo que as alegações do autuado não agregam elementos novos que possam modificar o entendimento sobre a presente autuação, e por isso mantém os termos contidos na diligência.

VOTO

Este processo foi julgado procedente em parte em primeira instância através do Acórdão JJF 0180-03/12 (fls. 592/596), mantendo-se o item 2º e anulando-se o item 1º por falta de certeza e liquidez, em virtude de vícios na concepção do procedimento fiscal, comprometendo de tal forma os resultados que a sua depuração constituiria uma nova fiscalização.

Houve recurso de ofício.

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0037-12/13, deu provimento ao recurso de ofício e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento, por considerar que os vícios existentes neste lançamento poderiam ser depurados através de saneamento (fls. 620/623).

Foi determinada diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade autuante procedesse à correção dos vícios assinalados.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte.

Passo ao exame e decisão.

A defesa impugna inicialmente o item 2º, e depois, o item 1º.

Apreciarei os lançamentos seguindo a ordem normal – item 1º, em seguida o 2º.

O lançamento do item 1º deste Auto de Infração refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS.

O contribuinte protesta que houve cerceamento de defesa porque não lhe foram fornecidos os arquivos magnéticos onde constam as planilhas elaboradas pela autuante. Reclama que não foi deduzido o crédito fiscal consignado na operação e destacado na Nota Fiscal de origem, desrespeitando o critério da não-cumulatividade.

A autuante, na informação, contestou essa alegação dizendo que a entrega dos arquivos estaria comprovada no termo constante à fl. 570.

Não tem razão a autuante. O que consta no instrumento à fl. 570 é que, ao serem devolvidos os livros e documentos arrecadados para fiscalização, foram também entregues os demonstrativos sintéticos e analíticos, mas não consta que tivessem sido entregues os arquivos magnéticos com as planilhas fiscais.

Esse vício foi saneado porque em diligência determinada às fls. 638-639 foi determinada revisão total do lançamento, e após a revisão (fls. 642/646) deu-se ciência do resultado da revisão ao sujeito passivo com reabertura do prazo de defesa (fl. 671).

O autuado reclamou que na revisão houve majoração do débito, inclusive do exercício de 2007, em relação ao qual já ocorreu a decadência do direito do Estado de lançar eventuais créditos tributários, mesmo se feito de forma regular, mediante uma ação fiscal própria. Reclama da utilização de pauta fiscal e da adoção da alíquota genérica de 7%, sem ter sido acostada aos autos as portarias correspondentes.

Essas objeções foram respondidas pela autuante, dizendo que a base de cálculo e as alíquotas não sofreram nenhuma alteração ou majoração. Explicou que a utilização de crédito pelo contribuinte nas entradas de mercadorias leva em consideração quaisquer reduções permitidas ao contribuinte no momento da saída dessas mercadorias, e o crédito é reduzido proporcionalmente à redução do ICMS pelo regime de conta corrente, sendo que neste caso as saídas posteriores eram contempladas com a redução prevista no art. 78-B do RICMS, e desse modo o contribuinte não poderia se creditar na entrada com 12% se nas saídas posteriores haveria o débito de apenas 7%. Quanto à ausência das portarias de pauta fiscal nos autos, observa que elas são publicadas, tornando-se acessíveis e disponíveis para os contribuintes.

Já me manifestei em decisão anterior nestes autos acerca dos critérios adotados nos cálculos deste lançamento. A decisão foi anulada. Não voltarei a mencioná-los. Foi determinada diligência para correção dos vícios formais e materiais. O autuado teve ciência de tudo o que foi feito. Não foram apontados objetivamente erros de cálculo. As questões quanto à carga tributária de 7% e ao emprego da pauta fiscal foram rebatidas pela auditora, e as explicações têm pertinência.

O que resta afinal por decidir é que com a revisão feita pela autuante o débito do item 1º foi majorado: o valor lançado originariamente totalizava R\$ 131.578,78, e, feita a revisão, passou a ser de R\$ 157.299,83. Houve majoração inclusive relativamente ao exercício de 2007, exercício este em relação ao qual já tinha havido a decadência do direito do fisco de proceder ao lançamento de créditos tributários. Note-se que o valor lançado originariamente para o exercício de 2007 totalizava R\$ 6.303,18 (fl. 25), e com a revisão o valor subiu para R\$ 14.203,50, ou seja, mais que o dobro. A auditora afirma que foi utilizada a mais adequada metodologia para o cálculo do imposto. Ao cumprir a diligência, informou que procedeu à revisão dos cálculos efetuados, identificando erro na

aplicação de uma fórmula, o que ocasionou distorção nos valores. Não diz qual foi o “erro de fórmula”.

A jurisprudência deste Conselho, em função da regra do art. 156 do RPAF, não admite majoração do débito no curso do processo administrativo.

Mantenho o valor lançado originariamente no item 1º, no valor de R\$ 131.578,78. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento para apuração da diferença acusada pela autuante. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

No tocante ao 2º item, o contribuinte alegou cerceamento de defesa, afirmando que não existe, ou ao menos não lhe foi fornecido, qualquer demonstrativo analítico que contemple os elementos constantes no levantamento quantitativo por espécies de mercadorias. Reclama que a ausência de elementos que indiquem como a fiscalização obteve os valores relacionados às quantidades de cada tipo de mercadoria registradas tanto nas entradas do contribuinte quanto das saídas, especificando-as Nota a Nota, prejudica o pleno exercício do contraditório e impede qualquer manifestação defensiva por parte do sujeito passivo, razão pela qual pugna pela nulidade desse lançamento.

Nesse ponto, concordo com a autuante. De fato, consta no instrumento à fl. 570 que, ao serem devolvidos os livros e documentos arrecadados para fiscalização, foram também entregues os demonstrativos sintéticos e analíticos. A assinatura no recibo é de José Francisco Pontes (ou Porto), a mesma pessoa que tomou ciência do Auto de Infração.

Quanto ao mérito do 2º lançamento, a defesa não questionou os elementos materiais do levantamento quantitativo, embora tivesse em mãos os demonstrativos correspondentes.

Mantenho o lançamento do item 2º.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298578.0001/12-2**, lavrado contra **FRICEN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 152.331,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR