

PROCESSO - A. I. Nº 017903.0901/11-2
RECORRENTE - VITO TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0101-04/12
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 28/10/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0257-11/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. Ilícito tributário comprovado nos autos. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Autuado comprovou a ocorrência dos pagamentos regularmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/09/2011 para exigir ICMS e multa no valor de R\$ 220.092,80, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Total da infração: R\$ 45.042,91 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Total da Infração: de R\$ 175.049,89 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 240 a 245, arguindo a improcedência de ambas as infrações e juntando vários documentos, bem como informação fiscal às fls. 1.177 a 1.179, rebatendo as argumentações recursais, solicitando, assim, a procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas argumentações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o ato administrativo de nulidade. 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.

No mérito, verifico que o impugnante, visando fundamentar as suas pretensões, juntou ao processo uma série de planilhas, cópias de livros e notas fiscais, além de documentos de arrecadação estadual. Ocorre que – analisando os fatos sob o prisma da argumentação defensiva – não foram apenas os códigos de receita os equívocos cometidos quando dos recolhimentos, pois não há, nos documentos de arrecadação, qualquer referência a números de documentos fiscais, para que se pudesse, de forma objetiva e eficaz, efetuar correlações com as operações de compra objeto do lançamento em exame. Igualmente, o campo 16 dos mesmos (“ESPECIFICAÇÃO DA RECEITA”) está preenchido com a expressão “ICMS REGIME NORMAL – TRANSPORTES” (fls. 367, 537, 835 etc.).

Embora existam valores destacados nas informações econômico-fiscais e nos Livros Registro de Entrada e de Apuração a título de ICMS por diferença de alíquotas, como se vê às fls. 303, 328 e 352, não há, nos autos, provas de que os pagamentos se relacionam aos mesmos.

Portanto, indefiro o pedido de perícia fiscal, pois, de acordo com o que passarei a expor e fundamentar nas linhas abaixo, sob o pálio das normas materiais e processuais, não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição que enseje a necessidade de esclarecimento técnico. Entendo que, em função da ausência dos números das notas fiscais nos documentos de arrecadação estadual, qualquer perícia ou diligência, para chegar a uma conclusão, necessariamente lançaria mão de expedientes subjetivos, indesejáveis e não admitidos em direito tributário, que se caracteriza pela objetividade, atividade vinculada e legalidade estrita.

Caso o contribuinte tenha, de fato, cometido equívocos ao recolher o imposto por diferença de alíquotas, nos termos que descreveu na sua peça de defesa, os mesmos não podem obstar a celeridade processual, tampouco obscurecer a verdade material explicitada nos elementos constantes dos autos. Deve o interessado, caso esteja convencido das suas razões, dirigir-se à repartição fiscal competente e, de acordo e com fundamento nos arts. 73 a 83 do RPAF/99, requerer a restituição do indigitado indébito ou a utilização dos valores no pagamento deste Auto de Infração.

Sublinho que a verdade material e a celeridade processual (“rápida solução do litígio”; art. 2º, RPAF/99) são princípios, devidamente encartados no mencionado preceptivo regulamentar, os quais não podem ser vergastados diante de regras, normas ou interesses de cunho individual, em especial quando tais interesses encontram origem em erros.

Já se foi o tempo em que os princípios eram utilizados apenas nas dúvidas quanto à interpretação da legislação. Hoje, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar que aqueles são os pilares do direito, que sustentam e fornecem diretrizes a este último. Na sua aplicação, devem ser observados antes de qualquer espécie normativa, inclusive legal, e de equívocos em relação aos quais não existem nem evidências.

Assim, ficam prejudicados os argumentos relativos às datas dos fatos geradores e aos supostos erros (do autuante) no registro dos números e dos valores das notas fiscais. Por exemplo, em relação à quantia aposta naquela de número 001.030, que o impugnante disse ser de R\$ 50.000,00, e não R\$ 20.710,00, a mesma não poderia ser modificada, sob pena de reforma para pior (“reformatio in pejus”), o que não é admitido em direito processual. Com respeito ao suposto erro na designação do número da nota 007.406, não há repercussão tributária caso realmente tenha ocorrido.

No tocante aos uniformes, independentemente de o art. 5º, I do RICMS/97 dizer ou não respeito ao seu Anexo I, atinente à Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, concluo que são materiais tipicamente destinados ao consumo do estabelecimento, não possuindo o caráter de essencialidade para a prestação do serviço. Ainda que se admitisse a essencialidade, só haveria desoneração da diferença de alíquotas se o serviço fosse tributado apenas pelo ISS, que não é o caso, pois o transportador se submete ao ICMS (art. 5º, parágrafo único, RICMS/97).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado com a Decisão, o Autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 1197 a 1201, alegando que a Decisão de piso merece reparos.

Inicia seu arrazoado lembrando os argumentos expostos pela 4ª JJF. Destaca que a autoridade julgadora entendeu que não há nos autos provas de que os pagamentos mencionados nas cópias dos livros, se relacionam com os pagamentos dos tributos agora lançados.

Assevera que esse entendimento não é comungado pelo recorrente e que se faz necessária a realização de prova técnica, sob pena de prejuízo ao contraditório e a ampla defesa.

Quanto à Decisão, fala que a mesma merece reforma, pois as ocorrências lançadas foram pagas em meses subsequentes, diante das seguintes explicações: “os documentos fiscais 001030, no valor de R\$ 50.000,00, inserido na planilha 05/2010, cujo pagamento se deu em 09/06/2010, e quanto ao documento fiscal de nº 7406, cuja apuração se deu em 01/2010 e pagamento 09/02/2010, também impõe-se reforma, que somente será alcançada com a realização de prova pericial, desde o início pleiteada”.

Em seguida, propala que considerou para apuração das diferenças do tributo, a data de entrada da mercadoria no estabelecimento e que por vezes não coincide com o mês de emissão do documento fiscal. Nesta toada, diz que existem mercadorias expedidas em um mês, cuja entrada ocorreu no mês seguinte, “ocorrendo, portanto, o fato gerador do tributo nesta competência”, impugnando a sistemática adotada pela fiscalização.

Colaciona os artigos 2º, IV e 4º, XV da Lei nº 7.014/96, para então alegar que *“Extraí-se que dos dispositivos legais acima transcritos são omissos quanto ao exato momento da ocorrência do fato gerador, (...) não pontuando se o fato gerador do tributo ocorre no momento de entrada da mercadoria em território do Estado ou se na entrada no estabelecimento do contribuinte”*.

Assegura que tal lacuna é dirimida pelo RICMS ao tratar do pagamento do diferencial de alíquotas, no art. 5º, inciso I.

Registra que a diferença de alíquotas somente é devida quando se tratar de mercadorias destinadas a uso e consumo do contribuinte ou ao ativo imobilizado, *“pelo que ficam excluídos os itens relativos a aquisição de uniformes destinados ao uso do quadro de seu pessoal para fins de organiza;ção funcional e ainda a aquisição de partes e peças de reposição por ser indispensáveis à continuidade de uso e funcionamento dos equipamentos, não estando consequentemente, a aquisição de tais mercadorias sujeita a incidência do ICMS”*. Em socorro a sua tese, transcreve o parágrafo único do art. 5º do então vigente RICMS/BA-97.

Quanto à infração 2, argumenta que:

- a) Em relação à Nota Fiscal nº 7406, de emissão da John Deere Equipamentos do Brasil Ltda., no valor de R\$ 62.667,81, integrou a planilha de apuração relativa ao mês 01/2010 e o pagamento foi efetuado em 09/02/2010;
- b) Em relação à Nota Fiscal nº 009601, no valor de R\$ 950.000,00, a diferença de alíquota foi recolhida na competência 03/2010 e o pagamento efetuado em 09/04/2010;
- c) Em relação à Nota Fiscal nº 001030, de emissão de J de Souza Industria Metalúrgica Ltda., no valor de R\$ 50.000,00 (e não de R\$ 20.710,00), a diferença integra a planilha de competência 05/2010 e o pagamento ocorreu em 09/06/2010;
- d) Em relação a Nota Fiscal nº 011717, de emissão da John Deere Equipamentos do Brasil Ltda., no valor de R\$ 717.120,96, integrou a planilha de apuração relativa ao mês 05/2010 e o pagamento foi efetuado em 09/06/2010;

Ao final de seu arrazoadado, pede pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário para que seja deferida prova pericial, intimação do assistente técnico e respostas dos quesitos apreciados, para que posteriormente seja submetido a novo julgamento.

Em termos, os autos forma remetidos a PGE/PROFIS.

No Parecer de fls. 1223 a 1224, a n. Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, após breve síntese dos fatos, observa que as razões recursais não são suficientes para provocar modificação no julgamento proferido, considerando que o recorrente não trouxe prova nem novos argumentos jurídicos.

Aponta que os argumentos apresentados em sede de Recurso foram analisados criteriosamente pelo relator de primeira instância administrativa e corretamente afastados.

Coloca que as infrações 1 e 2 decorrente de diferença entra as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado ou ao cosumo do estabelecimento.

Quanto a arguição do recorrente de que pagou o diferencial de alíquota, a Procuradora fala que *“todos os documentos acostados em sede de impugnação foram criteriosamente analisados pelo julgador ‘a quo’ que verificou que os mesmos não demonstram de maneira objetiva e eficaz a correlação com as operações de compras objeto do presente lançamento”*.

Neste sentido, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Em pauta de sessão suplementar do dia 31 de outubro de 2013, a 2ª CJF converteu o feito em diligência para apuração das alegações concernentes à infração 2. Fora solicitada a intimação do sujeito passivo para que este apresentasse os livros de entradas, de apuração e DAE's do período de janeiro de 2009 a junho de 2010. Em seguida, deveria ser verificado se as notas que eram objeto

da infração 2 foram devidamente registradas nos livros de entrada e fazem parte do cálculo do valor recolhido pelo Contribuinte a título de ICMS no período fiscalizado.

Em resposta, foi erigida a informação fiscal de fl. 1230, na qual o Auditor Fiscal Edmundo Silva informa que a referida empresa não se encontra mais no endereço registrado no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia e que foi feita uma FLC (Ficha de Localização do Contribuinte) da empresa.

Em contato com o escritório de contabilidade que fazia a escrituração, o Sr. Auditor foi informado que os dados solicitados estavam em posse dos sócios da empresa. Diante da situação, afirma o n. auditor que não foi possível atender as solicitações da CJF determinadas em diligência.

Em manifestação de fls 1239 a 1240, o Sr. Flávio Pentagna Guimarães pede que os ex-sócios sejam excluídos do pólo passivo do Auto de Infração.

À fl. 1258, a n. Procuradora Maria Helena Cruz, após o retorno da diligência, alega que *"Considerando a impossibilidade de cumprimento da diligência, reiteramos todos os termos de nossa manifestação de fls. 1223/1224, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso voluntário interposto"*.

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 4ª JJF que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de duas infrações.

Em seu Recurso, o Sujeito Passivo alegou que as ocorrências foram lançadas e pagas nos meses subsequentes e que considerou para apuração das diferenças do tributo, a data da entrada da mercadoria no estabelecimento *"que não coincide com o mês de emissão do documento fiscal"*.

Sob este enfoque e consoante a interpretação do art. 5º, inciso I do RICMS/BA-97, vigente á época dos fatos, alega que as mercadorias das Notas Fiscais nºs 7406, 9601, 1030 e 11717, base da infração 2, foram devidamente pagas no mês posterior ao momento da entrada no estabelecimento, ou seja:

- a) Em relação à Nota Fiscal nº 7406, de emissão da John Deere Equipamentos do Brasil Ltda., no valor de R\$ 62.667,81, diz que integrou a planilha de apuração relativa ao mês 01/2010 e o pagamento foi efetuado em 09/02/2010;
- b) Em relação à Nota Fiscal nº 009601, no valor de R\$ 950.000,00, diz que a diferença de alíquota foi apurada na competência 03/2010 e o pagamento efetuado em 09/04/2010;
- c) Em relação à Nota Fiscal nº 001030, de emissão de J de Souza Industria Metalúrgica Ltda., no valor de R\$ 50.000,00 (e não de R\$ 20.710,00), diz que a diferença integra a planilha de apuração da competência 05/2010 e o pagamento ocorreu em 09/06/2010;
- d) Em relação à Nota Fiscal nº 011717, de emissão da John Deere Equipamentos do Brasil Ltda., no valor de R\$ 717.120,96, integrou a planilha de apuração relativa ao mês 05/2010 e o pagamento foi efetuado em 09/06/2010;

Pois bem.

Em relação à infração 1, que cobra diferença de alíquotas referentes a mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, entendo que não houve a devida comprovação por parte do Sujeito Passivo da correlação quanto ao pagamento do tributo nos meses posteriores e o devido a título da diferença lançada pela fiscalização, mas tão somente uma mera negativa quanto ao cometimento do ilícito tributário.

Portanto, aplico o quanto disposto no artigo 143 do RPAF/BA e entendo a infração 1 subsistente.

No que tange a infração 2, que versa sobre o diferença de alíquotas sobre as mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado, entendo que o contribuinte, ao juntar seus livros de apuração, entradas e DMA's, DAE's e comprovantes de pagamento, conseguiu, mesmo que minimamente, apontar que recolheu sob outro código (cód. 0775) os tributos apurados a título de diferença de alíquota.

Assim, sob a égide do princípio fundamental da verdade material, insculpido no artigo 2º do RPAF, entendo que a infração 2 é totalmente insubsistente, uma vez que, o alegado pelo contribuinte se mostrou verdadeiro pelo exame dos livros e documentos fiscais juntados em sede de defesa, conforme a denota na planilha abaixo:

Nota Fiscal	Folhas	Valor	10%	ICMS Apurado	Fls	DAE (fls)	Comprovante (fls)	Data de Pgto	Valor recolhido	DMA (fls)
7406	230	R\$ 62.667,81	R\$ 6.266,78	R\$ 6.547,13	258	256	257	31/03/2010	R\$ 6.782,99	276
9601	231	R\$ 950.000,00	R\$ 95.000,00	R\$ 98.781,00	320 (verso)	318	319	09/04/2010	R\$ 98.781,00	349
1030	232	R\$ 50.000,00	R\$ 5.000,00	R\$ 76.830,86	408	406	407	09/06/2010	R\$ 80.118,15	422
11717	233	R\$ 717.120,96	R\$ 71.712,10	R\$ 76.830,86	408	406	407	09/06/2010	R\$ 80.118,15	422

Realmente, nos livros e documentos fiscais há os memoriais de cálculo de apuração do diferença de alíquotas sobre as notas fiscais lançadas na infração 2 (fls. 258, 320, verso e 406), bem como os DAE's com os respectivos valores apurados no mês de competência, conforme exposto nas DMA's (fls. 276, 349 e 422), e o correspondentes comprovantes de recolhido aos cofres do erário, dos valores apurados como diferença de alíquota (fls. 257, 319 e 407).

Cura ressaltar que as DMA's acostadas nas fls. 276, 349 e 422 foram enviadas aos computadores da SEFAZ no exato mês de competência, todas antes da ação fiscal, conforme se denota nos relatórios extraídos do INC e isso, portanto, comprova que os apontamentos do imposto a título de diferencial de alíquotas sobre as Notas Fiscais nºs 7406, 9601, 1030 e 11717, já tinham sido apurados pelo Sujeito Passivo muito antes da fiscalização lançar o presente Auto de Infração.

Deve-se mencionar também, que **i)** os valores do ICMS apurados pelo Sujeito Passivo contempla também outras notas fiscais (por isso que possuem valores superiores ao diferencial de alíquotas relativos às 04 notas fiscais que embasam a infração 2); e **ii)** o recolhimento do mês de janeiro de 2010 foi realizado com valores superiores ao apurado, devido ao pagamento após o dia do vencimento apontando, contemplando assim os juros e a multa pertinentes.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar insubsistente a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017903.0901/11-2**, lavrado contra **VITO TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.042,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS