

PROCESSO - A. I. N° 269130.0001/13-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA COSTA MÓVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0177-01/14
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
INTERNET - 04/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0258-12/15

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Constatado vício insanável no que concerne à fundamentação e ao delineamento do suposto ato infracional, posto que se começa acusando falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, para em seguida assinalar que o ilícito decorre de créditos transferidos de outras filiais e da matriz da sociedade empresária. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSAS DE BENS PARA CONSENTO SEM O DEVIDO RETORNO. O recorrido tentou se defender apresentando documentos de retorno, mas o levantamento fiscal possui vício insanável que o impede de exercer os seus legítimos direitos à ampla defesa e ao contraditório, porquanto não discrimina números de notas fiscais de remessa. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Corretamente reduzido o valor do imposto exigido, através de cálculos efetuados na JJF, em atendimento aos argumentos de defesa, uma vez que a autuante, muito embora tenha reconhecido o erro cometido no levantamento fiscal, nada fez no sentido de retificá-lo. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. COBRADO O TRIBUTO INCIDENTE NA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO. A antecipação do imposto é apurada com base nas entradas das mercadorias, nunca com base nas saídas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício contra Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0177-01/14), que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 698.384,47, sob a acusação do cometimento de quatro irregularidades, abaixo transcritas, das quais as de números 1, 2 e 4 foram julgadas nulas na Primeira Instância administrativa e a número 3 procedente em parte.

INFRAÇÃO 01. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do tributo referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta que se trata de estornos dos créditos transferidos de outras filiais e da matriz. R\$ 413.766,70 e multas de 50% e 60%, previstas no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02. Falta de recolhimento, devido às remessas de bens para conserto sem os respectivos retornos. R\$ 8.392,41 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 03. Falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado. R\$ 43.354,15 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04. Falta de pagamento, em razão de ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis. Está dito que se trata de operações sujeitas à substituição tributária, cujos comprovantes de pagamento da antecipação não foram encontrados nos sistemas da SEFAZ. A auditora informa que a apuração do valor devido foi levada a efeito com base nas saídas das mercadorias. R\$ 232.871,21 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei 7.014/1996.

A Junta (JJF) apreciou a lide no dia 14/08/2014 (fls. 449 a 464) e decidiu de forma unânime pela Procedência Parcial do lançamento de ofício, de acordo com o texto a seguir reproduzido.

"VOTO

Este Auto de Infração constitui-se de 4 lançamentos:

1. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – há um adendo informando que se trata de estorno de créditos transferidos de outras filiais e da matriz da empresa;

2. falta de recolhimento de ICMS em virtude de remessa de bens para conserto sem o devido retorno;

3. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao "ativo fixo" do estabelecimento;

4. falta de pagamento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis – há um adendo informando que se trata de mercadorias da substituição tributária cujo comprovante de pagamento da antecipação do imposto não foi encontrado nos sistemas da SEFAZ, estando sendo cobrado o imposto na saída do estabelecimento.

O contribuinte suscitou duas preliminares. Também alega decadência de parte dos créditos lançados. Questiona ainda a aplicação da chamada "Taxa" Selic.

Na primeira preliminar, alega cerceamento de defesa em razão da capitulação incorreta das infrações. Reclama ser imprescindível a presença exata dos elementos identificadores da infração através de uma descrição específica da capitulação legal infringida.

É inegável a confusão estabelecida no lançamento do item 1º, pois a descrição do fato começa acusando falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (ou seja, imposto lançado e não recolhido), mas em seguida foi feito um adendo informando que se trata de estorno de créditos transferidos de outras filiais e da matriz da empresa.

Na informação fiscal, ao rebater a reclamação do contribuinte nessa primeira preliminar, o fiscal autuante reitera que se trataria de falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, aduzindo que a capitulação do fato teria sido de forma correta: art. 124, I, do RICMS (fl. 392).

Porém, ao enfrentar a segunda preliminar, o fiscal muda de fulcro, dizendo que o item 1º trata de erro na apuração do ICMS por glosa de créditos computados (fl. 415).

Noutra parte da informação (fl. 421), em que a autoridade fiscal se refere ao que chama de "alegação 5", a autuante acrescenta mais um elemento, ao falar de pagamento da antecipação parcial: no caso desse item 1º, informa que há uma sensível diferença entre os livros apresentados em papel e os livros apresentados em meio magnético relativos aos anos de 2008 e 2009, pois na versão digital não há menção a transferência de créditos nem ao pagamento da antecipação parcial. Diz que, diante de tal divergência, "refez os livros, considerando o pagamento da antecipação parcial e analisando a possibilidade da transferência de créditos, conforme indicado no livro em papel a partir das DMAs e pagamentos de cada uma das filiais e matriz envolvidas, conforme anexo 4 do Auto.

Ora, se, conforme diz a autoridade fiscal, foram refeitos os livros fiscais, então não é verdadeira a declaração constante na descrição do fato de que o lançamento seria referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Aliás, isso fica evidente em face dos demonstrativos fiscais às fls. 30 e seguintes, em cujo cabeçalho consta: "Correção do Livro Registro de Apuração".

A descrição do fato – "Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios" – é a descrição adequada para imposto lançado e não recolhido. No presente caso, o fato é outro.

Não só a descrição do fato, como igualmente o enquadramento legal (art. 124, I, do RICMS/97), foram feitos de

forma indevida. Isso implica evidente cerceamento de defesa.

É nulo o lançamento do item 1º.

De igual vício padece o item 4º. Deixo, porém, para abordar essa questão quando for analisar o item 4º.

No tocante aos itens 2º e 3º, não se aplica a objeção da defesa, na primeira preliminar, quanto à capitulação incorreta dos fatos. A descrição dos fatos foi feita de forma satisfatória e o enquadramento legal tem efetiva pertinência com os fatos descritos.

Com relação à segunda preliminar, em que o contribuinte alega a falta de juntada das Notas Fiscais, considero que tal objeção não merece guarida, pois os documentos se encontram em poder do contribuinte, não havendo, portanto, cerceamento de defesa.

Quanto às objeções acerca da aplicação da chamada “Taxa” Selic, cumpre observar que não é razoável discutir o direito posto no âmbito administrativo. A aplicação da “Taxa” Selic tem previsão legal. Este órgão não tem competência para apreciar as objeções levantadas pela defesa.

Em face das conclusões a que chegarei no meu voto, deixo para apreciar no final do voto as alegações da defesa quanto à decadência.

Passo ao exame do mérito dos itens 2º, 3º e 4º.

O item 2º diz respeito à falta de recolhimento de ICMS em virtude de remessa de bens para conserto sem o devido retorno. A defesa, depois de discorrer sobre o fenômeno da subsunção do fato à norma jurídica, sustenta que no presente caso não existe a subsunção dos fatos à norma tributária de incidência do ICMS, pois não houve a venda - pagamento + tradição - das mercadorias, haja vista que as mercadorias foram remetidas para conserto, não havendo a transferência de sua propriedade, o que impede a incidência do imposto, pois as mercadorias continuam na titularidade do remetente, que apenas as envia para outro contribuinte e, posteriormente, os recebe de volta ou encaminha para venda em outra empresa pertencente ao mesmo grupo.

O ICMS tem como fato gerador, no âmbito estritamente mercantil, a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. Em parte a defesa tem razão, pois a remessa de mercadorias para conserto não constitui operação mercantil, haja vista que não ocorre nesse fato a mudança da titularidade do bem. Porém, quando um bem é remetido para conserto, há a expectativa de que, depois do conserto, ele retorne, real ou simbolicamente, ao estabelecimento de origem. Se ele é remetido para conserto e não retorna, presume-se que houve mudança de sua titularidade. Por isso, a legislação fixa prazo para o retorno. O prazo é prorrogável. Vencido o prazo, sem que o bem retorne, considera-se que houve a saída definitiva do bem. A suspensão da incidência do ICMS nas remessas internas e interestaduais é prevista no art. 627 do RICMS/97, cujo § 5º contempla as situações em que se considera encerrada a fase de suspensão da incidência – no presente caso, a falta de retorno do bem no prazo regulamentar.

Em tese, são essas as considerações aplicáveis à imputação em análise neste 2º item sob o ponto de vista normativo. Cumpre agora analisar os elementos de fato.

O contribuinte juntou cópias de Notas Fiscais de devoluções de mercadorias enviadas para conserto (fls. 252/277). Com base nessas Notas, caberia agora fazer-se o cotejo de cada uma com a Nota Fiscal de remessa, de modo a se saber se o retorno corresponde efetivamente ao bem remetido e se o retorno ocorreu no prazo regulamentar.

Mas aqui surge um óbice intransponível: o demonstrativo fiscal à fl. 143, que sequer foi assinado pela autoridade fiscal, em desatenção ao art. 15, II, “c” e “d”, e § 2º, do RPAF, não especifica quais os bens remetidos para conserto, como também não especifica os números das Notas Fiscais de remessa. Isso inviabiliza qualquer análise, não só quanto à identificação dos bens, mas também quanto à contagem do prazo para retorno. O lançamento é nulo por falta de certeza e liquidez.

No lançamento do item 3º, o contribuinte é acusado de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado.

Na defesa, o autuado reconheceu que efetivamente houve a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre alguns itens adquiridos para o ativo fixo, mas reclama que a alíquota apontada como devida pela agente fiscal autuante não é aquela vigente à época dos fatos, haja vista que o art. 51, inciso III, alíneas “a” e “b”, do RICMS/97 determina a alíquota de 12% para os itens discriminados no próprio artigo. Pede a alteração da alíquota determinada na 2ª infração para 5%, relativamente às Notas Fiscais 2527, 96477, 108855 e 537989, conforme cópias anexadas à petição.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante, em apenas uma linha (fl. 428), disse simplesmente que “A fiscalização aceita a retificação do contribuinte”. Não refez – como devia – o demonstrativo fiscal. E ao final, na conclusão da informação fiscal, opinou pela “manutenção” do Auto.

O fiscal tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado; tem a obrigação de refazer os demonstrativos

fiscais, excluindo as parcelas consideradas indevidas e indicando os valores remanescentes. E ao opinar pela exclusão ou redução de valores lançados, precisa dizer por qual razão os valores devem ser excluídos ou reduzidos.

Apesar de a autoridade fiscal não dizer por qual razão aceitou a “retificação” do contribuinte, e apesar de o demonstrativo à fl. 16 não indicar qual a natureza dos bens adquiridos, analisando-se os elementos constantes nos autos depreende-se que, com exceção da Nota Fiscal 11669, as demais Notas se referem a operações com veículos (fls. 285/290), para os quais a alíquota interna é de 12%, nos termos do art. 51, III, do RICMS/97. Sendo assim, considerando-se que os veículos são procedentes de São Paulo e Minas Gerais, tendo vindo tributados à alíquota de 7%, fica patente que a diferença de alíquotas é de 5%, e não de 10%, como foi cobrada do Auto.

Tendo em vista que na informação fiscal a autoridade autuante admitiu o equívoco, teria por conseguinte o dever de refazer o demonstrativo fiscal. Como, porém, assim não procedeu, farei eu mesmo a correção. Isto, em princípio, não é tarefa do julgador. Faço-o, contudo, em nome do princípio da economia processual, para evitar que o processo seja submetido a diligência, postergando o desfecho da lide, em prejuízo do Estado e do sujeito passivo.

O demonstrativo do débito do item 3º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações, tomando por fonte o demonstrativo à fl. 16: [planilha de fl. 463].

O item 4º cuida de falta de pagamento de ICMS em razão de ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis – há um adendo informando que se trata de mercadorias da substituição tributária cujo comprovante de pagamento da antecipação do imposto não foi encontrado nos sistemas da SEFAZ, estando sendo cobrado o imposto na saída do estabelecimento.

O contribuinte questionou em preliminar a capitulação incorreta da imputação. De fato, os dispositivos citados no enquadramento legal nada têm a ver com o fato imputado – falta de pagamento do imposto devido por antecipação.

No mérito, dentre outras coisas, o contribuinte alega impossibilidade de autuação sob presunção. Reclama que a agente fiscal não se pautou com a cautela devida para proceder à autuação, porque não analisou, sequer, as Notas de entradas das mercadorias. Arremata a impugnação protestando que não basta a simples presunção “ad hominis” levantada pela autoridade administrativa, uma vez que estamos num Estado Democrático de Direito.

Salta aos olhos que o método adotado pela autoridade fiscal neste caso diverge inteiramente das praxes adotadas pelos demais auditores na apuração dos valores devidos a título de antecipação tributária. O que vejo foi uma espécie de arbitramento, feito por critérios sem previsão legal. Toda antecipação do imposto é apurada, sempre, com base nas entradas de mercadorias. Nunca com base nas saídas. Ocorre que neste caso, conforme adendo feito na descrição da infração, depois de explicar que se trata de imposto relativo a mercadorias da substituição tributária cujo comprovante de pagamento da antecipação do imposto não foi encontrado nos sistemas da SEFAZ, consta expressamente: “Cobra-se o ICMS na saída da mercadoria do estabelecimento”. Isso não tem previsão legal. Se a antecipação em vez de ser feita na entrada devesse ser feita na saída, como pretende a autoridade fiscal neste caso, então não seria “antecipação”. O que a autoridade fiscal deveria ter feito seria o lançamento do imposto que deixou de ser antecipado “na entrada”. O lançamento é nulo, por inobservância do devido procedimento legal.

Deixei para apreciar por fim a questão suscitada quanto à decadência.

O fiscal reconheceu na informação que já haviam decaído os créditos tributários relativos a fatos anteriores ao dia 7 de janeiro de 2008. Como neste caso os créditos relativos a 2008 somente foram registrados nos itens 1º e 4º, que estão sendo julgados nulos, perde importância a apreciação da decadência.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento relativamente aos itens 1º, 2º e 4º. 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.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão 0177-01/14.

VOTO

Relativamente à infração 1 (demonstrativos de fls. 28 a 40), noto a presença de equívoco insanável, no que concerne à fundamentação e ao delineamento do suposto ato infracional, posto

que se começa acusando falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, para em seguida assinalar que o ilícito decorre de créditos transferidos de outras filiais e da matriz da sociedade empresária.

Tal contradição ou obscuridade permanece na informação fiscal, uma vez que na mesma a autuante ratifica que verificou falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do tributo concernente às operações escrituradas nos livros próprios (desobediência ao art. 124, I, RICMS/1997), à fl. 392, e logo após assegura, à fl. 415, ter constatado “*erro na apuração do ICMS por glosa de créditos computados*”.

Também faz alusões, à fl. 421, a diferenças entre “*os livros em papel e em meio magnético*”, no tocante à antecipação parcial e às transferências de créditos nos exercícios de 2008 e 2009, motivo pelo qual teria refeito a conta corrente, o que efetivamente ocorreu, como se pode observar nos demonstrativos de fls. 28 a 40.

No item item 2º do Auto de Infração, imputa-se ao contribuinte falta de recolhimento, em virtude de remessas de bens para conserto sem os respectivos retornos.

O recorrido tentou se defender, apresentando documentos de retorno às folhas 252 a 277, mas o levantamento fiscal de fl. 143 possui vício que o impede de exercer os seus legítimos direitos à ampla defesa e ao contraditório, porquanto não discrimina números de notas fiscais de remessa.

Na terceira imputação, o contribuinte é acusado de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado.

Muito embora tenha sido corretamente indicada pelo autuado a inadequação na aplicação de alíquotas em boa parte das operações constantes do levantamento do Fisco (art. 51, III, “a” e “b”, RICMS/1997), a autuante nada fez a este respeito na informação (apenas acolheu a alegação de defesa, mas não elaborou revisão), em desobediência ao art. 127, § 6º do RPAF/1999, fato que obrigou o julgador de primeiro grau, em observância à economia e à celeridade processuais, a efetuar as pertinentes correções à fl. 463.

Trata-se das operações de aquisição veículos designadas nos documentos de fls. 285 a 290, em relação às quais a alíquota interna é de 12%, nos termos do art. 51, III do RICMS/1997. Apesar de alguns códigos NCM/SH, especificados nos referidos documentos, não estarem precisamente contemplados no sobredito artigo, bem como no item 18 do inciso II do art. 353 do mesmo Regulamento, tenho que, pela descrição dos bens adquiridos, a alíquota de 12% é a aplicável nas operações internas com os mesmos.

A quarta e última acusação é de falta de pagamento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis. Logo após, informa-se que o suposto ilícito decorre de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, cujos comprovantes de pagamento não foram encontrados nos sistemas de informática do Ente Tributante.

Observe-se, às folhas 144 a 146, que a autoridade autuante simplesmente tomou as notas fiscais de saída dos itens sujeitos ao regime de substituição (não discriminados) e aplicou sobre a base de cálculo a alíquota de 17%.

Alinho-me com o posicionamento externado pela JJF e peço vênia para mais uma vez transcrever trecho do Acórdão recorrido, cujos fundamentos acolho sem ressalvas.

“Salta aos olhos que o método adotado pela autoridade fiscal neste caso diverge inteiramente das praxes adotadas pelos demais auditores na apuração dos valores devidos a título de antecipação tributária. O que vejo foi uma espécie de arbitramento, feito por critérios sem previsão legal. Toda antecipação do imposto é apurada, sempre, com base nas entradas de mercadorias. Nunca com base nas saídas. Ocorre que neste caso, conforme adendo feito na descrição da infração, depois de explicar que se trata de imposto relativo a mercadorias da substituição tributária cujo comprovante de pagamento da antecipação do imposto não foi encontrado nos sistemas da SEFAZ, consta expressamente: “Cobra-se o ICMS na saída da mercadoria do estabelecimento”. Isso não tem previsão legal. Se a antecipação em vez de ser feita na entrada devesse ser feita na saída, como pretende a autoridade fiscal neste caso, então não seria “antecipação”. O que a autoridade fiscal deveria ter feito seria o lançamento do imposto que deixou de ser antecipado “na entrada”. O lançamento é nulo, por

inobservância do devido procedimento legal”.

Por conseguinte, nenhum reparo merece a Decisão recorrida, muito bem posta e fundamentada, cabe o registro.

Considerando que os vícios aqui tratados são de ordem material, e que há ocorrências de 2010, represente-se à autoridade competente para que, em face do fenômeno da fruição do prazo decadencial, analise e decida sobre a viabilidade de instaurar nova ação fiscal.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269130.0001/13-7, lavrado contra **CASA COSTA MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.127,07**, 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, 10 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS