

PROCESSO - A. I. Nº 298629.0004/15-8
RECORRENTE - CBL ALIMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0109-04/16
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/06/2017

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0105-11/17**

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR REFERENTE AO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL NÃO RECOLHIDO. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração subsistente. O contribuinte não trouxe razões recursais que afastassem as infrações interpostas no apelo empresarial. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/15 para exigir ICMS no valor histórico de R\$285.726,84, acrescido de multa, em decorrência do cometimento de 11 irregularidades, das quais, somente são objeto de Recurso as infrações 1, 8 e 9, a seguir transcritas:

Infração 1 – recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (operações de vendas a microempresas em desacordo com a legislação), no valor de R\$64.665,97 e multa de 60%;

Infração 8 - utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação ou do exterior, no valor de R\$34.902,78 e multa de 60%;

Infração 9 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, no valor de R\$33.771,87 e multa de 60%;

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 294 a 309) e da correspondente Informação Fiscal (fl. 114), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que dirimiu a lide em relação às infrações vergastadas, nos seguintes termos, *in verbis*:

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de onze infrações, tendo sido parcelado o débito referente às infrações 2, 4, 5, 6 e 7, consoante o documento anexado à fl. 311, razão pela qual devem ser mantidas.

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de perícia formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a perícia solicitada.

No mérito, quanto à infração 1, o autuado alegou que repassou aos adquirentes das mercadorias (microempresas), sob a forma de desconto no preço unitário da mercadoria, o valor correspondente ao benefício de redução de alíquotas, de 17% para 7%, conforme o relatório denominado “Lista de Preços Médios” apensado, segundo ele, pelo próprio autuante.

Não obstante a afirmação do contribuinte, a única Lista de Preços Médios acostada aos autos pelo preposto fiscal (impressa e em mídia digital) foi elaborada no âmbito de levantamento quantitativo de estoques (Anexos XXIII e XXIV - às fls. 88 a 92 e 20), não servindo ao propósito de comprovar que teria havido o repasse aos adquirentes, sob a forma de desconto, do valor correspondente à redução da alíquota do ICMS, nas operações de saídas a microempresas. Em consequência, está correta a infração.

(...)

Na infração 8 o sujeito passivo foi acusado de ter utilizado a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação ou do exterior.

O impugnante alegou que a infração “encontra-se órfã de provas que a sustente”, enquanto que o preposto fiscal afirmou que se trata de “crédito de antecipação parcial do mês janeiro de 2012, lançada no mês de fevereiro do mesmo ano sem o devido pagamento” e as “provas inequívocas desta infração é o lançamento de “Outros Créditos - ICMS Antecipado”, no mês de fevereiro de 2012, no livro de Registro de Apuração do ICMS, cópia anexada a este PAF, fl. 114, sem o respectivo DAE de pagamento”.

Dessa forma, bastava ao contribuinte apensar aos autos a prova do recolhimento do ICMS antecipação parcial do mês de janeiro de 2012 para fazer jus ao crédito fiscal, o que não ocorreu. Mantida a infração.

Nas infrações 9 e 11 exige-se, respectivamente, o tributo relativo à antecipação parcial nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização e em face da constatação de omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2013).

O contribuinte apenas argumentou que “os relatórios elaborados pela Autoridade Fiscal contido nos autos do processo administrativo não gozam de presunção absoluta de legitimidade, razão pela qual cabe ao Fisco provar que o fato gerador do tributo ocorreu...”.

Todavia, o preposto fiscal, para provar as acusações, anexou as seguintes planilhas (impressas e em meio digital):

1. *infração 9 - Demonstrativo da Antecipação Parcial – Anexo VII (fls. 20, 35 e 36), com a relação de todas as notas fiscais, mercadorias, valores de base de cálculo e de ICMS;*
2. *infração 11 - Omissão de saída apurada mediante levantamento quantitativo de estoques - Lista de omissões; Relação de Notas Fiscais de Saídas; Relação de Notas Fiscais de Entradas e Lista de Preços Médios (fls. 20, 78 a 92).*

Assim, competia ao autuado, simplesmente, trazer a prova do recolhimento do ICMS - antecipação parcial (infração 9) e/ou apontar equívocos porventura existentes na ação fiscal (levantamento de estoques – infração 11), o que não ocorreu. Dessa forma, devem ser mantidas as imputações.

(...)

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a redução procedida pela autuante no débito da infração 10 e adequando, de ofício, a multa indicada na mesma imputação, de R\$48.259,49 para R\$4.825,94, em face da aplicação retroativa benéfica da Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15. Devem ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 379 a 387), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando todos os argumentos apresentados anteriormente, refazendo parte dos pedidos já postulados em Defesa.

Após discorrer sobre a tempestividade do Recurso e fazer uma breve sinopse dos fatos, passa a discorrer sobre as infrações 1, 8 e 9.

Quanto à infração 1, relativa à aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, fala que “*o desconto fora repassado aos adquirentes sob a forma de desconto no preço unitário da mercadoria, valor este correspondente ao benefício*”. Propala que o fato de não constar o valor do desconto no documento fiscal, não afasta o seu direito de fazer juz ao benefício fiscal.

Colaciona algumas notas fiscais para então afirmar que “*é possível verificar o alegado através de simples comparação com o relatório ‘Lista de Preços Médios’ acostados aos autos pela Autoridade Autuante*”.

Pede pela realização de diligência para o deslinde da questão.

No que tange a infração 8, relativa a utilização a maior de crédito de ICMS referente a antecipação tributária, aduz que a fiscalização não trouxe provas do seu cometimento salientando que “*o direito à prova implica a existência de ônus, segundo o qual determinado sujeito do processo tem a incumbência de comprovar os fatos por ele alegados, sob pena de, não o fazendo, ver frustrada a pretendida aplicação do direito material*”. Discorre sobre as teorias doutrinárias a respeito da prova, trazendo vasta doutrina sobre o tema.

Por fim, quanto à infração 9, referente à falta de recolhimento da antecipação parcial, também assevera que “*Os relatórios elaborados pela Autoridade Fiscal contido nos autos do processo administrativo não gozam de presunção absoluta de legitimidade, razão pela qual cabe ao Fisco*

provar que o fato gerador do tributo ocorreu, por meios legalmente válidos, sob pena de não poder prosperar a acusação fiscal”.

Aponta que o art. 142 do CTN diz que a atividade do lançamento é privativa da Administração, e essa atividade compreende, no procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador correspondente. Diz que essa verificação há de ser uma verificação efetiva do fato gerador, com a respectiva investigação de todos os aspectos necessários para se constatar a sua ocorrência ou não, determinando a sua certeza e liquidez, sem o que não será possível exigir o seu pagamento.

Por fim, também aduz que há duplicidade de cobrança entre as infrações 8 e 9, pois seriam incidentes sobre o mesmo fato gerador.

Em seus pedidos, requer a nulidade das infrações 8 e 9, sucessivamente, a improcedência das infrações.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário que pede pela modificação da Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, no que tange as infrações 1, 8 e 9.

Em síntese, o Recorrente alega que a infração 1 é improcedente por entende ter havido o repasse dos descontos e que as infrações 8 e 9, padecem de provas, bem como incidem sobre o mesmo fato gerador.

Vejamos.

Em que pese a tese versada pela empresa quanto a concessão e repasse do desconto em comparação a “Lista de Preços Médios”, não há como acatá-la, pois, a norma que rege a situação é bem clara em exigir, como condicionante, o repasse em forma de desconto, com a indicação desse benefício no documento fiscal correspondente.

Pela sua importância, reproduzimos a norma do §1º do artigo 16 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 16.

(...)

§ 1º A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal.

Portanto, a comprovação do repasse do benefício fiscal de redução de alíquota se dá através do documento fiscal pertinente, e não por meio da referida lista de preços médios, elaborada pela fiscalização.

Infração 1, subsistente, conforme a o julgamento de piso.

Já no que diz respeito à infração 8, a tese do recorrente é de que não houve comprovação por parte do Fisco da ocorrência do fato gerador. Na informação fiscal há a indicação de que a infração resta consubstanciada uma vez que fora lançado “*crédito de antecipação parcial do mês janeiro de 2012, lançada no mês de fevereiro do mesmo ano sem o devido pagamento*”.

Neste caso, a infração se deu na apuração equivocada da empresa que escriturou em seu livro Registro de Apuração do ICMS créditos de antecipação como “Outros Créditos” no mês de fevereiro de 2012, sem ter havido o pagamento desse imposto. Portanto, sem o devido pagamento do imposto, não tem direito a empresa em utilizar o crédito fiscal.

Cabe aqui trazer o quanto alinhavado na informação fiscal do autuante:

“Quanto a alegação do autuado de que a infração encontra-se órfã de prova que a sustente, informo que esta infração refere-se a crédito de antecipação parcial no mês janeiro de 2012, lançada no mês de fevereiro do mesmo ano sem o devido pagamento. As provas inequívocas desta infração é o lançamento de “Outros Créditos - ICMS Antecipado”, no mês de fevereiro de 2012, no livro de Registro de Apuração do ICMS, cópia anexada a este PAF, fl. 114, sem o respectivo DAE de pagamento”.

Nestes termos, para elidir a presente acusação, como já disse os julgadores de piso, deveria a empresa trazer aos autos a prova de quitação do ICMS de antecipação parcial do mês de janeiro de 2012, que comprovaria o direito ao crédito em fevereiro do mesmo ano.

Assim deve ser mantida a autuação.

Com relação à infração 9, lançada por falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial no mês de fevereiro de 2012, da mesma forma, o contribuinte alega que “os relatórios elaborados pela Autoridade Fiscal contido nos autos do processo administrativo não gozam de presunção absoluta de legitimidade, razão pela qual cabe ao Fisco provar que o fato gerador do tributo ocorreu...”.

Entretanto, como já mencionado no julgamento de base, o preposto fiscal, para provar as acusações, anexou as seguintes planilhas (impressas e em meio digital), sendo que, para a infração 9, elaborou o Anexo VII (fls. 20, 35 e 36), com a relação de todas as notas fiscais, mercadorias, valores de base de cálculo e de ICMS.

Novamente não houve por parte do contribuinte a comprovação de que realmente faz jus aos créditos do ICMS-antecipação parcial de fevereiro de 2012, devendo, assim, ser mantida a autuação.

Por derradeiro, deve-se afastar a duplicidade entre as infrações 8 e 9, sustentada pelo contribuinte. Primeiramente deve-se esclarecer que há realmente duas infrações distintas e que foram corretamente lançadas, mas que se relacionam devido a sistema de apuração do ICMS de créditos e débitos, mês a mês.

Na infração 08 houve a utilização indevida de crédito fiscal referente ao ICMS antecipação parcial no mês de janeiro de 2012, eis que o contribuinte não tinha direito ao crédito, como acima constado. Já na infração 9, houve a escrituração e transporte de créditos de antecipação parcial, também equivocada, do mês de janeiro do mesmo ano para o mês de fevereiro, que importou na falta de pagamento da antecipação parcial no mês de fevereiro de 2012, ora lançada.

Logo, temos duas infrações: i) a infração 8 por utilização de crédito indevido por falta de pagamento em janeiro de 2012 e; ii) a infração 9 por falta de pagamento do ICMS-antecipação parcial devido ao transporte de créditos indevidos para a apuração do mês de fevereiro de 2012.

Entretanto, com o pagamento da infração 8, poderá o contribuinte requerer a utilização do crédito eventualmente pago nas futuras apurações, eis que, terá direito ao crédito com o adimplemento.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da 4ª JJF que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

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 a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298629.0004/15-8, lavrado contra CBL ALIMENTOS S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$228.816,09, acrescido das multas de 60% sobre R\$182.862,97, 100% sobre R\$35.683,03 e 150% sobre R\$10.270,09, previstas no art. 42, incisos II, "d", III e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.825,94, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROGIS