

A. I. N° - 121644.0002/05-7
AUTUADO - MARCELINO NÓBREGA
AUTUANTE - JOSÉ LIMA DE MENEZES
ORIGEM - INF AZ SANTO AMARO
INTERNET - 20.09.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0336-02/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA QUALIDADE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, DECORRENTE DE AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS RELACIONADAS NOS ANEXOS 69 E 88 DO RICMS/97. **Infração caracterizada. b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DECORRENTE DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **Infração caracterizada. 2.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES, EM VENDAS PARA NÃO CONTRIBUENTES. **Infração caracterizada. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO E REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entrada de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriores também não contabilizados. Não comprovada a origem dos recursos. Apuração mediante o confronto das notas fiscais de entradas declaradas pelo contribuinte e as relacionadas pelo CFAMT. Exigência do imposto com base no regime normal de apuração, porém, com concessão do crédito fiscal presumido, na forma legal. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2005, imputa ao autuado as seguintes acusações fiscais:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS/97, com lançamento do imposto no valor de R\$ 5.213,09, com multa de 60%;
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, com lançamento do imposto no valor de R\$ 341,27, com multa de 60%;
3. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativas as operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado no valor de R\$ 490,09, com multa de 60%;

4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, detectadas no confronto entre as notas fiscais de entradas apresentadas pelo contribuinte e as notas fiscais relacionadas no CFAMT sendo lançado o imposto no valor de R\$ 56.317,86, com multa de 70%;

Em sua peça defensiva (fls. 181 e 194), tempestivamente apresentada, o autuado alega, preliminarmente, que a fiscalização não respeitou os princípios da ampla defesa e do contraditório, invocando, em seu favor, os mandamentos expressamente contidos no RPAF/BA e na Constituição Federal. Aduz que ficou impossibilitado de defender-se adequadamente tendo em vista que não recebera cópias dos demonstrativos de apuração dos itens da infração, das notas fiscais capturadas pelo CFAMT e nem as provas de que os contribuintes referidos no item 03, encontravam-se em situação irregular quando da aquisição das mercadorias. Contesta também o autuado, redarguindo que o simples fato de que as notas fiscais tenham sido capturadas no CFAMT não se verifica a ocorrência do fato gerador. Cita o jurista Feijó Coimbra reforçando sua tese de que meros indícios não são capazes de gerar exigência de tributo. Enfatiza, ainda, que o princípio da estrita legalidade tributária, vigente no Brasil, exige, do fisco, a demonstração da ocorrência do fato gerador, ou seja, tem que está claro nos autos, a constatação do fato jurídico que materializa a relação obrigacional, nos estritos termos tipificados na lei, apresentando manifestação enfática, neste sentido, corroborada pelo tributarista Alberto Xavier. Aponta o § 4º do art. 24 do RPAF que preceitua a exigência das cópias dos demonstrativos e levantamento e dos demais termos que fundamentam e que devem acompanhar o auto de infração. Requer, por fim, como nas alegações acima enunciadas e em alguns exemplos de decisões deste Conselho apresentadas, a declaração de nulidade do presente auto de infração.

Quanto ao mérito insurge-se o autuado em relação ao item 01 da infração apontando como exemplo a nota fiscal nº 0020692, set-04, da Fruteb S/A, fl. 13, incluída no demonstrativo de apuração do débito – antecipação tributária – elaborado pelo autuante, embora segundo ele esta nota fora emitida em 19/10/04 e teve a substituição devidamente recolhida em 25/11/04. Ataca também o item 02 da infração alegando a ocorrência de bi-tributação, sob o entendimento de que a antecipação parcial do ICMS prevista na Lei nº 8.967/03, não se aplica à Empresa de Pequeno Porte – SIMBAHIA, pois, como é o seu caso, que já recolhe o imposto devido calculado pelo sistema de apuração simplificado. Ressalta que, ao ser obrigado a recolher antecipadamente o imposto, sem ter a faculdade de creditar-se deste valor, eis que seu regime de apuração não permite, está sendo compelido a pagar o imposto duas vezes com base no mesmo fato gerador. Depois de revigorar esta sua tese, aludindo diversos princípios constitucionais, protesta asseverando que a administração pública, no presente caso, deve deixar de aplicar normas flagrantemente ilegais e em contradição com as demais normas e princípios do ordenamento jurídico. Conclui querendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante rebate as alegações apresentadas pelo autuado afirmando que não procedem as alegações de cerceamento de defesa, tendo em vista que todas as notas fiscais capturadas pelo CFAMT encontram-se devidamente anexadas ao processo. Assevera o autuante que o autuado ao ser solicitado a apresentar todas as notas fiscais de aquisições de mercadorias que serviram de base para sua informação na DME, não apresentou as notas fiscais listadas pelo CFAMT, ou seja, tais notas fiscais não foram objeto de tributação. Afirma também o autuante, que foi entregue ao autuado a cópia do papel de trabalho contendo a relação individualizada de todas as notas fiscais, bem como, a demonstração do cálculo do imposto exigido, para que pudesse se assim lhe aprouvesse, comparecer a repartição fazendária e obter maiores detalhes das notas fiscais ou requisitar cópias. Contudo, com o intuito de robustecer a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assevera que providenciou as cópias das notas fiscais, reclamadas pelo autuado, incluindo a relação acostada aos autos, para que fossem entregues ao autuado com intimação para que pudesse se manifestar a respeito, além da reabertura do prazo de defesa, fls. 197 e 198.

VOTO

No tocante às preliminares suscitadas pelo autuado, em sua peça defensiva, argüindo nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, ante a impossibilidade de defender-se adequadamente por falta do recebimento das cópias das Notas Fiscais e dos demonstrativos de apuração do imposto exigido, constato que este óbice fora superado. Haja vista que, conforme se verifica às fls. 372/373, que o autuado fora notificado, acorde AR por ele próprio assinado, e a ele entregue cópias das notas fiscais e da relação de apuração do imposto exigido reclamadas. Foi, também, reaberto o prazo de defesa para manifestação sobre as documentações apresentadas, entretanto manteve-se silente.

Verifico, também, que apesar do autuado alegar peremptoriamente que não recebeu cópias dos demonstrativos de apuração do imposto exigido – contraditado pelo autuante que afirma ter a ele entregue todas as relações de apuração, fls. 197/198 – faz alusão à nota fiscal nº 0020692 da FRUTEB S/A, fl. 190, que, nos presentes autos, somente se encontra listada na relação elaborada pelo autuante, fl. 10, ou seja, no demonstrativo de apuração do item 01 da infração. Sendo, portanto, plausível a inferência de que o autuado teve acesso aos demonstrativos questionados, já que apesar de somente ter assinado o auto de infração e o demonstrativo de débito, fls. 2 a 6, onde não consta a informação da aludida nota fiscal, a ela se reportou em sua defesa. Restando, assim, afigurado que, no tocante ao demonstrativo de apuração de débito dos itens da infração o autuado pode exercer do seu direito de ampla defesa.

Em relação aos demais pontos abordados em suas preliminares, no tocante a inadequação da presunção aplicada, a base de cálculo utilizada e a falta de segurança na acusação fiscal não podem prosperar, pois, depois de examiná-las, constato que todos os itens da infração foram devidamente fundamentados na legislação aplicável, ou seja, no RICMS-BA vigente à época das ocorrências apuradas.

Superadas as questões preliminares apontadas pela defesa, adentro na análise do mérito propriamente dito.

O item 01 da infração apura a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados da federação e relacionados nos anexos 69 e 88 de RICMS/97. Verifico que os demonstrativos de apuração, fls. 9 e 10, demonstram claramente a obtenção da diferença à recolher, aplicando-se a MVA prevista no regulamento. O cálculo foi elaborado, individualizadamente, a partir de cada nota de aquisição apresentada pelo autuado, sendo devidamente destacado o crédito fiscal, consolidando-se os totais por cada período de apuração mensal. Verificamos a adequação, tanto do enquadramento legal, quanto da multa aplicada, restando, portanto, devidamente caracterizado o cometimento da infração pelo autuado, bem como, a sua valoração, ou seja, a exigência do imposto no valor de R\$ 5.213,09, com aplicação da multa de 60%.

O item 02 da infração refere-se a recolhimento a menos do ICMS atinente a antecipação parcial de aquisições de mercadorias para fins de comercialização proveniente de outras unidades da federação. Do mesmo modo, exame no relatório de apuração deste item da infração, fl. 12, revelou a sua adequação na apuração das diferenças devidas, com a indicação de cada nota fiscal de entrada, apresentada pelo autuado, bem como, das indicações da alíquota e da dedução do imposto pago. Constato que ficou comprovado o cometimento da infração, e que, acorde o correto enquadramento aplicado, o valor do imposto devido é, efetivamente, de R\$ 431,27, com a multa aplicada de 60%.

O item 03 da infração decorre da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas a não contribuintes, localizados neste estado. O demonstrativo de débito

elaborado pelo autuante, fls. 14/15, revela, a partir das notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado, com a aplicação da correspondente MVA, o cálculo mensal das diferenças a recolher. Do exame na referida planilha, constato o correto cálculo do imposto exigido de R\$ 490,09, acorde adequado enquadramento legal, bem com, da multa de 60% aplicada.

O item 04 da infração apura omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, detectadas no confronto entre as notas fiscais de entradas apresentadas pelo autuado e as notas relacionadas no CFAMT. Depois de analisar o demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 16 a 20, bem com, as notas fiscais de entradas acostadas aos autos, fls. 23 a 179, verifico que, apesar do correto enquadramento legal e aplicação da multa, foi cometido um equívoco, por parte do autuado, ao utilizar a MVA no cálculo do imposto devido. Eis que, para a apuração da omissão de saída decorrente da falta de registros de entradas, decorrente de notas fiscais capturadas pelo CFAMT, deve ser considerado como base de cálculo o total das notas fiscais, sobre a qual se incide a alíquota aplicável, ou seja, 17%, com a dedução do crédito presumido de 8%, na forma preconizada pela legislação vigente. Com base nas notas fiscais elencadas no demonstrativo, e constantes nos autos, fls. 23 a 179, e considerando este critério, elaboramos um novo demonstrativo de débito apresentado, a seguir, onde fica evidenciada uma redução do débito apurado pelo autuante, de R\$ 56.137,86, para R\$ 38.840,83.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO ITEM 04 DA INFRAÇÃO

DATA OCCOR.	DATA VENCTO.	BASE DE CALC.	17%	CRÉDITO 8%	I C M S
31/01/2003	09/02/2003	39.845,19	6.773,68	3.187,62	3.586,07
28/02/2003	09/03/2003	36.557,11	6.214,71	2.924,57	3.290,14
31/03/2003	09/04/2003	28.854,16	4.905,21	2.308,33	2.596,87
30/04/2003	09/05/2003	6.037,20	1.026,32	482,98	543,35
31/05/2003	09/06/2003	5.366,40	912,29	429,31	482,98
30/06/2003	09/07/2003	20.873,06	3.548,42	1.669,84	1.878,58
31/07/2003	09/08/2003	35.722,50	6.072,83	2.857,80	3.215,03
31/08/2003	09/09/2003	12.529,86	2.130,08	1.002,39	1.127,69
30/09/2003	09/10/2003	21.203,58	3.604,61	1.696,29	1.908,32
31/10/2003	09/11/2003	28.370,47	4.822,98	2.269,64	2.553,34
30/11/2003	09/12/2003	16.834,52	2.861,87	1.346,76	1.515,11
31/12/2003	09/01/2004	62.106,55	10.558,11	4.968,52	5.589,59
31/01/2004	09/02/2004	15.372,35	2.613,30	1.229,79	1.383,51
28/02/2004	09/03/2004	22.756,43	3.868,59	1.820,51	2.048,08
31/03/2004	09/04/2004	3.973,66	675,52	317,89	357,63
30/04/2004	09/05/2004	4.537,49	771,37	363,00	408,37
31/05/2004	09/06/2004	10.258,86	1.744,01	820,71	923,30
30/06/2004	09/07/2004	8.256,42	1.403,59	660,51	743,08
31/07/2004	09/08/2004	22.359,98	3.801,20	1.788,80	2.012,40
31/08/2004	09/09/2004	6.096,24	1.036,36	487,70	548,66
30/09/2004	09/10/2004	23.652,55	4.020,93	1.892,20	2.128,73
TOTAL DO ITEM 04					38.840,83

Ante o exposto, restou inteiramente configurado nos autos o efetivo cometimento, pelo autuado, do quanto expresso nos quatro itens da acusação fiscal, ora em lide, corrigido que foi, o equívoco cometido pelo autuante, no cálculo do imposto devido pelo item 04 da infração.

Com a correção nos valores do item 04 da infração o débito total fica reduzido para R\$ 44.885,28, com a seguinte composição:

1. Item 1º : R\$ 5.213,09;
2. Item 2º : R\$ 341,27;
3. Item 3º : R\$ 490,09;
4. Item 4º : R\$ 38.840,83.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **121644.0002/05-7**, lavrado contra **MARCELINO NÓBREGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 44.885,28**, acrescido das multas de 60% sobre **R\$ 6.044,45** e de 70% sobre **R\$ 38.840,83**, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR