

A. I. N° - 206878.0012/05-4
AUTUADO - TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02.05.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0119-02/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS RELACIONADAS NOS ANEXOS 69 e 88. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. Comprovado nos autos que o imposto exigido já tinha sido recolhido anteriormente. Infração elidida. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **b)** NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE NORMAL. Exigências fiscais subsistentes. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. **b)** CRÉDITO FISCAL NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infrações não contestadas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Restou comprovado que ocorrera falta de contabilização de entradas de mercadorias não tributáveis. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2005, pela constatação da ocorrência dos seguintes fatos:

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 no anexo 69 e 88. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 22.519,10 e aplicada a multa de 60%;
2. recolhimento a menos 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. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 11.001,79 e aplicada a multa de 60%;
3. recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidades da Federação. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 2.136,27 e aplicada a multa de 50%;

4. recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 1.864,96 e aplicada a multa de 60%;
5. recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 3.027,73 e aplicada a multa de 50%;
6. recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 6.144,57 e aplicada a multa de 60%;
7. utilização indevida crédito fiscal do ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 6.132,01 e aplicada a multa de 60%;
8. utilização indevida crédito fiscal do ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 267,00 e aplicada a multa de 60%;
9. entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escritura fiscal. Sendo cobrada a multa de 1 % sobre o valor da operação.

O sujeito passivo ao apresentar tempestivamente sua contestação, fl. 924 a 937, refuta as cinco primeiras infrações e reconhece integralmente as infrações 06, 07, 08 e 09.

Diz, inicialmente, em seu arrazoado defensivo que o administrador fiscal tem seu campo de atuação perfeitamente delimitado por lei e não pode agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, pois sua função própria é a de aplicador das leis, ou seja, fazer as pessoas cumprirem as leis. Acrescenta que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal. Assinala que a ação da autoridade tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para apuração da verdade dos fatos. Observa que a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento, está sujeita ao princípio da reserva legal, e por isso, o presente caso devido aos vícios nele contidos levará fatalmente a decretação de sua nulidade.

Em relação às Infrações 01 e 02, afirma que não reconhece as penalidades apontadas pelo autuante pela ilegalidade do recolhimento antecipado.

Afirma que o direito ao crédito do imposto nasce no momento da entrada da mercadoria ou serviço no estabelecimento com a formalização através do registro do documento fiscal correspondente no livro fiscal próprio.

Enfatiza que o fato gerador do ICMS exterioriza-se quando da saída do bem ou da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, conforme determina o Código Tributário Nacional, com transferência de propriedade. E que, se a lei tributária ou lei complementar define o fato gerador do imposto, a partir de sua exteriorização ou ocorrência, começará de tal oportunidade o prazo para que seja estabelecido o respectivo recolhimento para ocorrência do fato gerador, ou outro prazo para o imposto, sem que tenha ocorrido ainda o fato gerador. Assevera que somente a Constituição Federal e/ou Lei Complementar têm o poder de estabelecer a obrigação, definido o prazo para o cumprimento de obrigação tributária. Nesse sentido, redargui que norma hierarquicamente inferior deve restringir-se a disciplinar a ação administrativa das autoridades fiscais, mas nunca criar obrigação *extra legem* ou *contra legem*, tornando, assim, ilegal e abusiva a cobrança que determina, como no presente caso, o recolhimento do imposto antecipado, posto que inexistente qualquer lei estabelecendo o dever de antecipação do imposto, ora exigido.

Para fundamentar sua argumentação quanto à ilegalidade do recolhimento antecipado apontada pela defesa, transcreve diversos arestos de julgamentos do STJ e do STF sobre a matéria.

Aduz que o enquadramento efetuado no presente Auto de Infração encontra-se equivocado, tendo em vista o que já fora comentado, além do que, o autuante relacionou em sua auditoria Conhecimento de Fretes, que independente de haver ou não a antecipação não poderiam ser relacionados, visto que a base de cálculo da antecipação parcial é o valor total da operação constante no documento fiscal, incluindo o IPI, despesas acessórias que agreguem o valor do produto, a exemplo do seguro da mercadoria. Acrescenta que o valor do frete somente deve ser agregado se estiver contido no documento fiscal, o que não é fato na presente infração visto que nenhum conhecimento de frete foi adicionado ou composto no documento fiscal final e sim, destacado separadamente dos documentos fiscais apontados pelo auditor.

Quanto às infrações 03 e 04 o autuado não reconhece as penalidades apontadas pelo autuante alegando que é normal para os contribuintes do ICMS que um documento fiscal com data de emissão de um mês seja lançado em outro mês, por diversos fatores que impeçam ou possam impedir a escrituração dentro do próprio mês da emissão do documento fiscal. Aduz que o autuante não considerou isso, pois conforme planilha, fl. 947, por ele montada, após a análise do demonstrativo elaborado pelo autuante, verificou-se que no período auditado o contribuinte teria recolhido a menor o valor de R\$ 4.001,23, ou seja, o total das duas infrações. Acrescentando que o autuante não considerou que a empresa recolheu também no mesmo período a maior o valor de R\$ 5.495,98, havendo, portanto, uma diferença a seu favor de R\$ 1.494,46, planilha colacionada à fl. 947. Solicita prazo para apresentar a documentação comprobatória.

No que concerne à infração 05, o autuado também afirma que não reconhece essa infração, tendo em vista que o autuante não considerou em seu levantamento as devoluções de mercadorias, o que resultou nas diferenças apresentadas que culminou na exigência fiscal conforme planilha anexada à defesa fl. 960, comprovando-se, com isso, a nulidade da infração.

Por fim, declara o autuado que reconhece as infrações 06, 07, 08 e 09 e requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, motivado pelas irregularidades anteriormente elencadas.

O autuante ao proceder a informação fiscal depois de enunciar todas as infrações que compõem o presente Auto de Infração e em seguida descrever a impugnação às infrações 01, 02, 03, 04 e 05, contida no arrazoado defensivo apresentada pelo autuado passa a rebater, por infração cada uma delas, na forma a seguir sintetizada.

Infrações 01 e 02 – assegura que, apesar da tese defendida pelo autuado da “ilegalidade do recolhimento antecipado” refutando a inclusão dos conhecimentos de transporte com frete a preço FOB, na base de cálculo do ICMS por antecipação tributária, não tem qualquer consistência legal. Afirma que as mercadorias arroladas no Demonstrativo 1, fls. 17 a 20 e no Demonstrativo 2, fls. 139 a 141, tijolo, piso cerâmico, azulejo e tinta estão sujeitas à substituição tributária por antecipação, e, conseqüentemente, às determinações legais pertinentes a esse regime na forma preconizada no RICMS-BA/97. Para embasar sua afirmativa transcreve os artigos 353 e 357 do RICMS-BA/97, que estatui os responsáveis na condição de sujeito passivo por substituição, bem como, das mercadorias alcançadas.

Refuta a arguição da defesa ao impugnar a inclusão dos Conhecimentos de Transporte a preço FOB na base de cálculo da antecipação tributária, asseverando ser inconsistente, pois vai de encontro à previsão contida no inciso II do art. 61 do RICMS-BA/97, o qual transcreve parcialmente, onde consta que a base de cálculo é constituída do valor da operação acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes carretos, IPI, e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subseqüentes. Conclui assegurando que fica, assim, patenteada a obrigatoriedade do autuado em fazer a complementação do ICMS por antecipação tributária sobre os valores referente ao frete, nas aquisições a preço FOB, constantes dos Conhecimentos de Transporte.

Infrações 03 e 04 – Afirma que não procedem as alegações da defesa de que não teria sido considerado o imposto supostamente recolhido a maior. Assegura que o valor apresentado pelo autuado como tendo sido recolhimento a maior do imposto no valor de R\$ 5.495,69, que seria devido por antecipação parcial, na verdade se refere ao recolhimento do imposto relativo às aquisições de certas mercadorias - piso, azulejo e tijolo – sujeitas a antecipação tributária total e constantes do anexo 88 do RICMS-BA/97. Assinala que, no entanto, o autuado classificou essas mercadorias equivocadamente como de tributação normal conforme se verifica através dos DAE's de recolhimento da antecipação parcial, código de receita 2175, fls. 258 a 268. Aduz que, nesse caso, os valores parciais, hipoteticamente recolhidos a maior, apurados no seu demonstrativo, fls. 247 a 257, e que foram repetidos pelo autuado no demonstrativo da defesa, fl. 947, foram integralmente abatidos do imposto devido por antecipação tributária total, código de receita 1145, com se evidencia no demonstrativo 2, fls. 139 a 141.

INFRAÇÃO 05 – Afirma que a defesa se equivoca ao sustentar que não teria sido deduzido da receita as devoluções de mercadorias quando da apuração das diferenças devidas do ICMS - Empresa de Pequeno Porte – SimBahia, no período de janeiro a junho de 2004. Observa que o autuado afirma, porém não produz prova alguma, nem sequer apresenta as notas fiscais contendo as operações de devolução, único meio de confrontar eventuais distorções entre o levantamento apresentado pela defesa e do Auto de Infração. Diz que a planilha apresentada pelo autuado não faz referência a documento fiscal específico algum, portanto, com valores desconexos. Por fim, o autuante mantém o seu levantamento das diferenças do imposto consignado no Demonstrativo 6, fl. 744, tendo em vista que fora elaborado de acordo com a legislação do ICMS em vigor, inclusive com a fiel observância das deduções legais previstas para a determinação da receita mensal, conforme preconiza o art. 384, § 1º, inciso II do RICMS-BA/97.

Conclui, com base nos fatos por ele evidenciados, requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Depois de examinar o presente Auto de Infração verifico que os procedimentos adotados na sua constituição e formalização encontram-se em consonância com a legislação aplicável em vigor. Trata da exigência de ICMS no valor total de R\$ 53.209,10, apurados através das nove infrações supra enunciadas, cada uma delas com aplicação das respectivas multas tipificadas com base na Lei nº 7.014/96.

Insurge-se o sujeito passivo somente em relação às cinco primeiras infrações, ou seja, acata as infrações 06, 07, 08 e 09, fato este explicitamente declarado, fl. 937.

Passo a proferir meu voto para as infrações impugnadas pelo autuado depois de examinar as alegações apresentadas pela defesa com as ponderações carreadas pelo autuante em sua informação fiscal. Considerando os elementos de prova que emergiram do contraditório e integram o presente Auto de Infração.

Infrações 01 e 02 – versam sobre a falta de recolhimento e o recolhimento menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente à aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88.

A defesa, além de não reconhecer a acusação fiscal atinentes a essas duas infrações, assegura ser ilegal o recolhimento antecipado do imposto, questionando a legalidade por considerar abusivo. Apresenta inclusive alguns arestos de decisões do STJ e STF sobre a matéria, entretanto, sobre aspectos totalmente distintos do tratado nas infrações, ora em lide.

Contesta também, embora sem embasamento legal algum, a inclusão dos conhecimentos de transporte com frete em operações a preço FOB, na base de cálculo do ICMS da antecipação tributária. Assevera que somente deveria ser incluída na base de cálculo se o valor do frete estivesse consignado no documento fiscal.

O autuante em sua informação fiscal ressalta que não há qualquer fundamentação legal nas ponderações apresentadas pela defesa. Reafirma que todas as mercadorias arroladas nos Demonstrativos 1, fls. 17 a 20 e 2, fls. 139 a 141 (tijolo, piso cerâmico, azulejo, tinta) estão sujeitos a substituição tributária por antecipação, na forma preconizada pelo inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97.

Especificamente quanto à impugnação da inclusão dos conhecimentos de transportes nas operações FOB na base cálculo, assinala o autuante que padece de amparo legal, pois, enfatiza que conforme os artigos 61 e 357 do RICMS-BA/97, os quais transcreve fragmentos para demonstrar a efetiva exigência legal na apuração da base, dos acréscimos incidentes sobre o valor da operação, relativo às despesas de frete, carreto, seguro e outros encargos transferíveis ao adquirente. Aduz o autuante que resta evidenciado a patente obrigatoriedade do autuado proceder à complementação do ICMS por antecipação tributária sobre os valores do frete nas operações FOB.

Da análise dos elementos que compõem a acusação fiscal envolvendo essas duas infrações, constato que além se encontrarem devidamente demonstradas a apuração de seus respectivos débitos conforme se verifica nas planilhas que integram os demonstrativos 1 e 2 elaborados pelo autuante, não restam dúvida alguma quanto ao embasamento legal da exigência fiscal. Eis que, tanto as mercadorias arroladas na autuação, estão efetivamente previstas na legislação que estabelece a antecipação tributária, como também, não resta qualquer dúvida da exigência legal da inclusão do frete nas operações FOB, nos acréscimos que compõem a base de cálculo da antecipação tributária, alicerçada que fora na forma estatuída pelo inciso II do art. 61 do RICMS-BA/97.

Ante a ausência de qualquer contestação objetiva na defesa, em relação aos valores consignados nos demonstrativos de apuração do débito, bem como a total falta de fundamentação legal das alegações defensivas, voto pela procedência das infrações 01 e 02.

Infrações 03 e 04 – versam sobre o recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária parcial na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia e na condição de empresa normal, referente às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da federação.

A defesa alega que o autuante não considerou em seu levantamento, o imposto a maior no valor de R\$ 5.495,69, por ele recolhido referente à antecipação parcial no exercício de 2004, e solicita prazo para relacionar todos os documentos comprovando a nulidade das infrações.

Por seu turno, o autuante afirma que o valor apresentado pela defesa como sendo recolhimento a maior do imposto – R\$ 5.5495,69 – refere-se na verdade ao recolhimento do imposto relativo a mercadorias sujeitas à antecipação tributária total constante do anexo 88. Assevera que essas mercadorias foram equivocadamente classificadas pelo autuado como sendo de tributação normal, como se verificam nos DAE's pelo código de receita 2175, fls. 258 a 268. Entretanto, afirma o autuante que foram integralmente abatidos do imposto devido por antecipação total, código de receita 1145, indicado no demonstrativo 2, fls. 139 a 141.

Como se depreende claramente da única alegação apresentada pela defesa, ou seja, a não consideração do valor a maior recolhido pelo autuado de R\$ 5.495,69, ou seja, nada mais é contestado em relação às infrações 03 e 04. Entendo, por isso, serem essas duas infrações procedentes, eis que, verifico encontrar-se o valor total contestado pela defesa integralmente deduzido na apuração do débito efetuado pelo autuante. Totalizando-se todos os valores consignados na coluna "ICMS RECOLHIDO" no demonstrativo 2, constato que o resultado é exatamente R\$ 5.495,69, portanto, não tem sustentação alguma o argumento aduzido pelo autuado. Voto pela procedência das infrações 03 e 04.

Infração 05 – trata do recolhimento a menos do ICMS apurado na condição de Empresa de Pequeno Porte.

O autuado alega que na apuração das diferenças devidas nos meses de janeiro a junho de 2004 apuradas pelo autuante não foram consideradas as devoluções de mercadorias do período. Entretanto, não apresenta a defesa qualquer documentação comprobatória de sua assertiva, remanescendo, portanto, uma mera alegação desprovida que se encontra de comprovação, uma vez que, somente anexou à defesa uma planilha com valores mensais sem, no entanto vincular a qualquer documento fiscal.

O autuante, por seu turno, enfatiza que no cálculo por ele efetuado para apuração das diferenças do imposto devido, foi observado todas as exigências previstas no inciso II do § 1º do art. 384 do RICMS-BA/97, principalmente no tocante às deduções legais previstas para determinação da receita mensal.

Verifico que, do mesmo modo, das infrações anteriores, o autuado não apresenta a comprovação de suas alegações para elidir a acusação fiscal. Acenou, tão somente, com a apresentação de uma planilha, onde consigna valores mensais, de janeiro a junho de 2004, aduzindo serem valores atinentes a devoluções de mercadorias que deveriam ser deduzidas da receita mensal. Entretanto, não indicou, nem apresentou pelo menos uma nota fiscal de devolução. Por isso, entendo não ter sido carreado aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal relativa à infração 05. Voto pela procedência da infração 05.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado, de todas as infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0012/05-4**, lavrado contra **TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.093,43**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 5.164,00 e de 60% sobre R\$ 47.929,43, previstas no art. 42, incisos I, “b”, 1 e 2 e II, “a” e “d” e VII, “a” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 115,67**, prevista no inciso XI, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR