

A. I. N° - 298618.0035/07-5
AUTUADO - PALMA E SANTOS LTDA.
AUTUANTE - PLINIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28.05.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-02/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Não acolhidas as arguições de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/11/2007, exige ICMS, no valor de R\$83.290,42, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado apresentou defesa, fls. 201 a 207, impugnando o lançamento tributário alegando, preliminarmente:

1- Que não consta o Termo de Início de Fiscalização com a indicação do dia de início da ação, transcrevendo o art. 28, I e § 1º do RPAF/99.

2- Que o Auto de Infração foi lavrado por profissional incompetente, por entender que o auditor fiscal teria que ser inscrito no Conselho Regional de Contabilidade - CRC, citando decisão do STF - Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal.

No mérito, diz que o levantamento realizado pela fiscalização é insubsistente, uma vez que o contribuinte relacionou todas as notas fiscais em seu poder e aplicou a mesma alíquota aplicada pelo autuante, tendo apurado valores diferente dos encontrados no levantamento fiscal. No levantamento fiscal foi apurada uma base de cálculo de R\$ 489.943,59, enquanto alega que encontrou R\$288.558,26.

Em relação a multa aplicada alega que é confiscatória, o que é vedado pela Constituição Federal.

Diz que é necessária a realização de revisão da ação fiscal, por entender que o procedimento realizado pelo autuante não é legítimo.

Requer a realização de perícia, na forma do artigo 145 do RPAF/99, informando que posteriormente indicará um assistente, formulando os seguintes quesitos:

- 1- O procedimento administrativo analisou todos os documentos fiscais de compra e venda do autuado?
- 2- Foi verificado se a base de cálculo utilizada pelo fiscal autuante são os valores correspondentes à aquisição de mercadorias?

- 3- O fisco tem como comprovar se todas as notas levantadas pelo fiscal realmente foram adquiridas pelo autuado ou terceiros utilizaram sua inscrição para estas aquisições?
- 4- É possível atestar que todas as mercadorias foram oriundas de outros estados, já que as notas encontradas com o autuado não condizem com a fiscalização realizada?

Ao final, requer a improcedência da autuação, ou a redução do débito para R\$9.963,63 e a redução multa para 2%.

Na informação fiscal, fl. 389 e 390, o autuante ressalta que o contribuinte foi cientificado do início do processo de fiscalização conforme Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos acostado à folha 08, devidamente assinado pelo contribuinte, conforme determina o RPAF no artigo 26, inciso III.

Em relação a alegação de incompetência funcional, frisa que o cargo que ocupa na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, é de Auditor Fiscal, cuja atividade precípua é a constituição do crédito tributário.

Em relação aos cálculos realizados pelo defendente, constantes das planilhas às folhas 200 a 223, salienta que não englobam a totalidade das notas fiscais de entradas de mercadorias no período fiscalizado.

Salienta que a defesa aplicou a alíquota de 17% para todas as mercadorias, enquanto as alíquotas são variáveis, citando com exemplo a mercadoria pólvora que tem alíquota de 25% e armas alíquota de 38%, prevista no artigo 51, inciso II, alínea “j” e inciso IV, respectivamente, no RICMS/97. Sendo que, a grande maioria das notas fiscais, como pode ser comprovada às folhas 12, 13 e 14, referem-se a mercadorias com alíquota de 25% e 38%, bem acima, portanto, dos 17% aplicado pelo defendente na sua planilha acostada à folha 223, o que justifica a diferença do resultado.

Destaca que, conforme determinação do RICMS/97, em que o art. 915, inciso I, alínea “b” item 1, a multa aplicável é de 50%.

Ao finalizar, aduz que, tendo em vista os evidentes erros cometidos nas planilhas apresentadas pelo defendente, não há razão que justifique uma revisão fiscal ou perícia, em função das argumentações anteriores e a clareza das planilhas acostadas as folhas 12, 13 e 14 dos autos, bem como as cópias das notas fiscais anexadas, não há razão também para realização de perícia.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade em relação a multa aplica, por entender o sujeito passivo que é confiscatória, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Ademais, a multa aplicada é a prevista na Lei 7.014/96, para infração em tela.

O sujeito passivo arguiu duas preliminares de nulidade, as quais não podem ser acolhidas pela razões abaixo.

Na primeira preliminar, alega que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização, ficando impossibilitado de saber qual a data inicial do referido procedimento fiscal.

Ocorre que a defesa não observou as determinações contidas no artigo 28, II do RPAF/BA que estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização

para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Assim, conforme determinação contida no dispositivo acima transcrito, a emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Observo que o autuado emitiu o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, estando acostado à folha 09 dos autos, devidamente assinado pelo sujeito passivo, atendendo as determinações contidas no artigo 28, II do RPAF/BA.

Afastada a primeira preliminar, passo a analisar a segunda, na qual o autuado alega que o Auto de Infração foi lavrado por preposto incompetente. Tal arguição também não pode ser acolhida, uma vez o Auto de Infração em tela foi lavrado por Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia conforme determinação contida na legislação tributária.

De acordo com o artigo 925, do RICMS/97; art. 107, §§ 1º e 2º do Código Tributário do Estado da Bahia, e art. 42 do RPAF-BA, a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais, os quais possuem competência para lavrar Autos de Infração para exigência de tributos, acréscimos e multas. No corpo do Auto de Infração, folha 02 consta a identificação do Auditor Fiscal que lavrou o referido auto, encontrando-se nos autos a sua completa identificação, inclusive o número de seu cadastro funcional.

A decisão citada pelo autuado em sua peça defensiva não guarda relação com a presente lide, uma vez que trata de questão relativa ao Tribunal de Conta, enquanto a questão em tela trata de constituição de crédito tributária relativos ao ICMS. Logo, a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais, conforme estabelecido no artigo 925, do RICMS/97; art. 107, §§ 1º e 2º do Código Tributário do Estado da Bahia, e art. 42 do RPAF-BA, não podendo ser acatada a nulidade suscitada.

De igual modo, não pode ser acolhido o pedido do sujeito passivo para realização de revisão fiscal mediante perícia requerida, uma vez que a mesma deve ser realizada quando depender do conhecimento especial de técnicos, não sendo a situação que envolve a autuação em tela, pois os elementos acostados aos autos, são de tal clareza que não necessita de requisição de trabalhos de peritos. O autuante demonstrou de forma clara e detalhada a infração na planilha acostada às folhas 12, 13 e 14 dos autos, estando relacionadas todas as notas fiscais, indicando seu número, data de emissão, o valor da base de cálculo, a alíquota pertinente, o crédito fiscal, o ICMS devido e o ICMS a recolher, totalizando mensalmente e indicando o valor recolhido pelo contribuinte e a diferença objeto da autuação. Assim, indefiro o pedido de perícia, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais o próprio contribuinte utilizou os dados da planilha citada e notas fiscais que embasaram a autuação, anexando em sua peça defensiva.

No mérito, a antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a

aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

O levantamento apresentado pela defesa não é capaz de elidir a imputação, pois, como bem ressaltou o autuante e constatei nas cópias da notas fiscais objeto da autuação, o sujeito passivo ao elaborar seu levantamento aplicou a alíquota de 17% para todas as mercadorias, enquanto as alíquotas são variáveis, como exemplo a mercadoria pólvoras que tem alíquota de 25% e armas alíquota de 38%, prevista no artigo 51, inciso II, alínea “j” e inciso IV, respectivamente, no RICMS/97, os quais transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

j) pólvoras, explosivos, artigos de pirotecnia e outros materiais inflamáveis (exceto dinamite e explosivos para emprego na extração mineral ou na construção civil, foguetes de sinalização, foguetes e cartuchos contra granizo e semelhantes, fogos de artifício e fósforos), a saber:

(...)

IV - 38% (trinta e oito por cento) nas operações com armas e munições, exceto as destinadas às Polícias Civil e Militar e às Forças Armadas.”

Constatei que a grande maioria das notas fiscais, como pode ser comprovado às folhas 12, 13 e 14, referem-se a mercadorias com alíquota de 25% e 38%, enquanto o sujeito passivo utilizou a alíquota de 17% em sua planilha acostada à folha 223.

Ressalto, mais uma vez, que o autuante demonstrou de forma clara e detalha a infração na planilha acostada às folhas 12, 13 e 14 dos autos, estando relacionada todas as notas fiscais, indicando seu número, data de emissão, o valor da base de cálculo, a alíquota pertinente, o crédito fiscal, o ICMS devido e a ICMS recolher, totalizando mensalmente e indicando o valor recolhido pelo contribuinte e a diferença objeto da autuação, possibilitando que o autuado conferir, nota por nota, e especificando a existência de qualquer equívoco porventura encontrado, porém, assim não procedeu o sujeito passivo.

Diante do acima exposto, 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 **298618.0035/07-5**, lavrado contra **PALMA E SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.290,42**, acrescido da multa de 50% prevista no art., I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR