

A. I. N º - 022227.0016/07-8
AUTUADO - ARAGOM MODAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA MAGNÓLIA SANTIAGO DE OLIVEIRA LIMA
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 05. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0195-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. Não acolhidas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2007, traz a exigência do ICMS no valor de R\$ 76.592,56, acrescido da multa de 60%, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação. ICMS no valor de R\$ 67.835,38. Nos meses de abril a agosto e outubro a dezembro/2003; janeiro a junho, agosto a dezembro/2004; janeiro a junho e agosto a dezembro/2005; janeiro a dezembro/2006;

Infração 02 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação. ICMS no valor de R\$ 8.757,18. Nos meses de maio e junho, outubro a dezembro/2004; maio a dezembro/2005; janeiro a setembro, novembro e dezembro/2006.

O impugnante, às fls. 410 a 416, apresenta impugnação, alegando que a autuante incorreu em equívoco, posto que o auto de infração não teria atendido ao disposto no artigo 142 do CTN, bem como houve tratamento diferenciado quanto à redução da multa.

Em sede de preliminar, requer que o presente auto de infração seja julgado juntamente com o outro auto de infração (AI N° 022227.0015/07-1), lavrado contra a matriz, por entender que houve lançamento conjunto das notas fiscais do estabelecimento filial, referentes às “informações CFAMT” e do PGF, que segundo o autuado, teriam sido lançadas no roteiro de caixa desenvolvido no estabelecimento matriz como pagamentos não declarados, sendo também da presente impugnação quanto à cobrança de ICMS por substituição tributária e por antecipação parcial. Em resumo, alega que houve repetição de cobrança do imposto.

Aduz que a autuante não buscou anexar todas as cópias de notas fiscais como prova do débito exigido, motivo pelo qual, levanta a possibilidade de invalidade da cobrança. Segundo seu entendimento, que o Fisco é o responsável pela apresentação das cópias das notas fiscais do CFAMT. Fatos que, ao seu ver, agridem os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o devido processo legal. Recorrendo ao art. 5º LIV, da CF/88, para amparar suas alegações.

Entende, também, que o fisco deve fazer a prova de que as notas fiscais não foram registradas no movimento do contribuinte

No mérito, afirma que a cobrança é indevida, alegando que, se por ventura o contribuinte não efetuar o pagamento na forma estabelecida, mas incluir no movimento com mercadorias, entende que, somente seria cabível a aplicação de multa. Argumenta que, no presente caso, as notas constantes das informações PGF e CFAMT, foram objeto de cobrança no roteiro de caixa do estabelecimento matriz, para fins de cobrança também do ICMS, como “pagamentos não contabilizados”, porquanto se defende alegando que, restaria apenas a multa pelo descumprimento do dever legal.

Sobre a multa aplicada, referente ao não pagamento de mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial, referidas nas infrações, aponta que houve exclusão da redução prevista na legislação (art. 919 do RICMS/97), concluindo pelo tratamento diferenciado. Ressaltando que a discriminação excluindo a multa em razão do prazo para pagamento nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial, vulnera o princípio constitucional da isonomia, consagrado em termos gerais nos artigos. 5º e 150, II, da CF/88.

Conclui sua impugnação requerendo exclusão da exigência de ICMS pelo não pagamento de antecipação parcial, bem como exclusão dos valores lançados pela autuante e não comprovados com cópias das NF's e aplicação de redução para pagamento estabelecido no art. 919 do RICMS/97.

A autuante, à fls. 636 e 637, apresenta informação fiscal, afirmando que, em referência as alegações de repetição de cobrança do ICMS, restam prejudicadas, pois entende que tanto o CFAMT quanto o PGF/SINTEGRA são sistemas confiáveis da SEFAZ, lembrando ainda que a autuada, em momento algum, alegou não ter adquirido as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas, e nem se insurgiu contra os seus valores, o que no entendimento da autuante, houve confissão tácita dessa cobrança.

Ressalta que o autuado apenas elabora relação de notas sem cópias para fazer prova, lembrando que quinze das notas apresentadas pelo autuado já se encontravam no PAF, notadamente as de números: 259756/fls. 212. 367876/fls. 250, 169002/fls. 301, 169360/fls. 304, 174218/fls. 316, 175787/fls. 318, 176120/fls. 319, 176954/fls. 320, 180451/fls. 324, 180754/fls. 329, 50129/fls. 757. 55155/fls. 374, 30187/fls. 377, 338639/fls. 375, 340123/fls. 376.

Quanto à argumentação referente à prova do recebimento das mercadorias, feita pela autuado, como meio de defesa, a autuante se manifesta afirmando que os fornecedores têm atendido aos pedidos da SEFAZ, remetendo as cópias das ditas notas fiscais e a forma de pagamento, dando como exemplo as Notas Fiscais de números: 196054, 201884, 203594. 347381. 35993\$. 362311, 379769, 390385 da Crysallis; 420240 da Nike; 877048 da Bison, anexando-as ao PAF, constantes do demonstrativo elaborado pelo autuado em sua defesa, às fl. 420 e 421, que chegaram após a lavratura do presente Auto de Infração

e que delas o autuado tomará conhecimento para nova manifestação. Ciência que foi efetivada através dos documentos à fl. 649 dos autos.

Explica que as NF's solicitadas ao CFAMT foram anexadas ao PAF nas suas respectivas infrações e que os respectivos demonstrativos de Substituição Tributária e Antecipação Parcial foram elaborados após a constatação de falta de escrituração nos livros de registros de entrada, cujas notas não escrituradas foram solicitadas ao CFAMT, oportunidade em que a autuante teria constatado falta de recolhimento de ICMS nos exercícios de 2003, 2004, 2005 e 2006.

Na oportunidade de apresentação da informação fiscal, carreia aos autos, NF's de número 196054, 201884, 203594, 347381, 359938, 362311, 379769, 390385, 420240, 877048.

Considera descaracterizada a alegação de duplicidade de cobrança do ICMS, com relação aos valores apontados pela autuada referentes ao auto de infração 022227.0015/07-1, lavrado contra o estabelecimento matriz, informando que os documentos fiscais do estabelecimento filial foram incluídos na infração 03 da matriz pelo fato de a empresa realizar escrituração única do livro caixa. Acrescenta que, no que se refere à apuração do saldo credor do caixa, não foi anexada ao auto, nenhuma planilha de apuração, o que no entendimento da autuante, descaracteriza a alegação da autuada, já que sem as cópias das notas não poderiam ser lançados datas e valores de pagamentos parcelados, e não teriam como saber se pagos a prazo ou à vista.

Deixa de se pronunciar sobre as alegações formuladas em referência a multa aplicada por entender ser matéria prevista em lei inexistindo, portanto, qualquer dúvida. Conclui sua informação fiscal requerendo a procedência integral do auto de infração.

O autuado se manifesta novamente nos autos, às fls. 656 a 660, através de seu advogado, alegando que as informações prestadas pela autuante são equivocadas, já que a própria Auditora Fiscal teria reconhecido, em sua informação fiscal, que a grande maioria das Notas Fiscais do PGF/SINTEGRA, solicitadas aos fornecedores através de comunicações direta/circularização já está anexada ao PAF e as juntadas pela informante são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o que, no seu entendimento, reforça a tese de que se os valores teriam sido lançados no roteiro de caixa desenvolvido no estabelecimento matriz e não teria sido feito a proporcionalidade, motivo pelo qual, entende haver duplicidade de cobrança.

Aduz que, no que se refere à prova, aventada na informação fiscal, o autuado afirma que é assente, na jurisprudência administrativa, a necessidade de prova da aquisição das mercadorias no lançamento fiscal para que o contribuinte exerça o seu direito de defesa. Lembra a IN 56 /2007, da Superintendente de Administração Tributária, e decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual — CONSEF, no sentido de impossibilidade de cobrança quanto à substituição tributária sem a devida proporcionalidade, no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, para apuração de omissão de saídas presumidas, nos termos do §3º do art. 2º do RICMS/97, c/c art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Lembra que, além da não apresentação das provas de aquisição das mercadorias, relacionadas no relatório CFAMT e PGF/SINTEGRA, para a apuração de recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, a autuante também teria olvidado que o pagamento por antecipação parcial difere da sistemática da substituição tributária, sendo que as mesmas notas foram incluídas no roteiro de caixa desenvolvido na matriz.

Recorda que para o roteiro de caixa, nos casos de prática de operações isentas, não tributadas e/ ou sujeitas à substituição tributária, relativo às presunções referidas no §4º do art. 4º, da lei 7.014/96, o

preposto fiscal deveria lançar o ICMS, considerando que parte dos valores se refere a essas operações, excluindo-as do cálculo.

Desta forma, entende que somente no caso de não cabimento da proporcionalidade, devidamente circunstanciadas, e com a autorização expressa da autoridade competente poderia efetuar o lançamento, sob pena de descumprimento do dever legal. Segundo esta linha de raciocínio, argumenta o autuado que a juntada das cópias das notas fiscais com a informação fiscal deve constituir a prova de sua nulidade, o que confirmaria as razões aduzidas em sede de defesa, segundo a qual, alega que o relatório teria sido utilizado pela autuante sem as notas fiscais correspondentes e sem atentar para a natureza do regime a que se sujeitavam as mercadorias.

Infere que a presunção legal, como pretende a autuante, não transfere a autuada à obrigação do fiscal de determinar a matéria tributável, entendendo que as informações da autuante somente corroboram com as razões da defesa, de que o lançamento não atende o que determina o artigo 142 do CTN e a legislação estadual, motivo pelo qual o reputa como nulo de pleno direito, já que o ordenamento jurídico não admite exigência de tributo baseado em incerteza.

Alega que o presente lançamento fiscal não contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que o faz defender a tese segundo a qual, um simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado em suposições não contempladas em lei, sob pena de se está tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente se é devido.

Recorda que, em referência a alegada confiabilidade desses relatórios, aponta que a autuante não procedeu no lançamento como determina a legislação vigente e as orientações reiteradas do CONSEF, pelo que o autuado espera julgamento improcedente do auto de infração.

Acrescenta ainda que, em referência a responsabilidade do Fisco pela apresentação das cópias das notas fiscais do CFAMT e da prova de que elas não foram registradas no movimento do contribuinte, lembra pronunciamentos do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF, afirmando que este tem se manifestado pela obrigação do fisco em produzir provas.

Conclui sua manifestação aduzindo desenquadramento do feito aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, reiterando as razões defensivas.

VOTO

O presente Auto de Infração, cujo crédito tributário fora impugnado, traz a exigência do ICMS, em sua primeira infração, por falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e na segunda infração por não efetuar o recolhimento do ICMS da antecipação parcial, em ambos os casos, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação.

Cabe, preliminarmente, analisar as alegações de nulidade, articuladas na defesa. Alega o autuado que falta determinar, no lançamento, a matéria tributável (assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo). Não tem, por sua vez, amparo tal alegação, pois os fatos foram claramente consubstanciados no lançamento, indicando o imposto não recolhido, por antecipação parcial e por substituição tributária, bem como a base de cálculo foram devidamente detalhadas nos demonstrativos, amparados por cópias das notas fiscais, ambos constantes dos autos e do conhecimento do autuado, conforme ficou evidenciado em sua defesa e nos autos. Assim, não há elementos trazidos pelo impugnante que indiquem violação ao art. 142 do CTN, ou mesmo ao devido processo administrativo fiscal, pertinente ao caso.

Quanto à alegação do autuado de que parte das notas constantes dos demonstrativos não foi trazida aos autos como prova, foi devidamente saneada, conforme correspondência entregue ao contribuinte constando cópia da informação fiscal e as notas fiscais, às fls. 638 a 648, não anexadas inicialmente aos autos, não mais havendo, por parte do autuado a expressa indicação de que lhe restou ser entregue ou anexada aos autos, sem seu conhecimento, qualquer nota fiscal, alvo da exigência tributária, consignada no presente Auto de Infração. Assim, diferente do alegado pelo impugnante, não há razão para se alimentar dúvidas quanto às infrações imputadas, ou mesmos os elementos formais necessários para compor a legalidade do lançamento de ofício.

Concluo, portanto, pelo não acolhimento das argüições de nulidade, articuladas na defesa.

No mérito, entende o autuado que as notas fiscais relacionadas no CFAMT e PGF, referente às mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, sujeitas à antecipação parcial, foram incluídos como pagamento aos fornecedores, refletindo no valor do caixa da matriz, e, ao mesmo tempo, sendo exigido o ICMS pelo valor da antecipação parcial em sua filial (estabelecimento, ora autuado), havendo, segundo ele, a cobrança em duplicidade do imposto.

Ocorre, que as infrações, ora imputadas, são concernentes a duas espécies de antecipação, à antecipação parcial e a antecipação através do regime de substituição tributária, que têm como gênero a antecipação tributária, que é, por sua vez, de natureza distinta da exigência tributária feita na Matriz, relativa a saldo credor de caixa, esta trata de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, de que ocorreram, anteriormente, saídas de mercadorias tributáveis, não oferecidas à tributação, cujas receitas foram utilizadas para os pagamentos que originaram os saldos credores.

Ainda que as notas fiscais, que amparam a exigência da antecipação parcial e da substituição tributária, constantes do presente Auto de Infração, tenham sido incluídas no aludido levantamento do caixa da Matriz, não resultaria na cobrança em duplicidade do imposto, pois na Matriz serviu para indicar que o pagamento das mercadorias, relativas a estas notas fiscais, foram efetuados através de recursos auferidos com a saída de outras mercadorias tributáveis efetuadas anteriormente, não oferecidas à tributação e no presente caso (antecipação e substituição tributária) está a se exigir parte do imposto que deveria ser pago nas saídas destas mercadorias efetuadas pelo autuado (antecipação parcial), bem como na substituição tributária, está a se exigir do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, o imposto que seria devido pelas operações subsequentes.

Quanto à alegação de que o Fisco deve provar que o impugnante recebeu as mercadorias para oferecer materialidade a exigência tributária, não encontra amparo, pois todos os elementos trazidos aos autos, notas fiscais destinadas ao autuado com mercadorias por ele negociadas, contado seu endereço e inscrição, bem como informações fornecidas pelos seus fornecedores, que foram formalmente solicitadas pelo Inspetor Fazendário, são suficientes para caracterizar a aquisição e recebimento das mercadorias, pois estes fatos não foram elididos com elementos probatórios que os desautorizassem.

Não há, portanto, razão para se efetuar o julgamento conjunto com o Auto de Infração lavrado contra a Matriz, ou mesmo a exclusão das notas arroladas naquele lançamento, bem como efetuar a aludida proporcionalidade argüida pelo autuado. Esse último procedimento, inclusive, é pertinente, apenas, para as infrações relativas às presunções.

No que se refere à redução das multas, constantes do art. 919 do RICMS/BA, continuam valendo para o autuado. Dentro dos prazos previstos no aludido ato normativo, não há óbice ou razão para que o autuado não seja contemplado com as reduções das multas.

Assim, pelas razões expostas, concluo pela subsistência das duas infrações.

Voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022227.0016/07-8**, lavrado contra **ARAGOM MODAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.592,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 28 de maio de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR