

A. I. N.<sup>º</sup> - 279102.0004/07-8

AUTUADO - L C MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.

AUTUANTE - PÉRICLES ROCHA DE OLIVEIRA

ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO

INTERNET - 10/12/2008

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0358-03/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO 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. Exigência fiscal parcialmente elidida. Reduzido de ofício de 60% para 50% o percentual de multa aplicada, nos termos do disposto no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei n<sup>º</sup> 7.042/96, por tratar-se de empresa enquadrada no Regime SIMBAHIA, portanto dispensada da escrituração regular de livros fiscais, à época dos fatos geradores objeto da ação fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir, para comercialização, mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de declaração de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/2007 e exige ICMS no valor total de R\$40.984,17, acrescido das multas de 50% e de 60%, em decorrência de duas infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Exercício 2002: meses de novembro e dezembro; Exercício de 2003: meses de janeiro a abril, junho, e agosto a dezembro; exercício de 2004: meses de janeiro, março, abril, julho, agosto, e novembro; Exercício de 2005: meses de janeiro a junho, setembro e outubro; Exercício de 2006: meses de janeiro a março, julho a setembro, novembro e dezembro. Demonstrativo às fls. 15 a 20, notas fiscais de entradas às fls. 21 a 140. ICMS no valor de R\$33.827,34, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Consta, na descrição dos fatos, que “A planilha apresentada pela contabilidade permite constatar o valor recolhido a título de antecipação parcial discriminado por nota fiscal. Assim, percebe-se que o total mensal calculado na planilha é igual ao recolhimento feito pelo próprio contribuinte. As diferenças a maior do valor pago em relação ao calculado são oriundas de GNRES pagas por fornecedores, com cópias juntadas. Os recolhimentos a maior de R\$71,20 referente ao mês de OUT/2004 e de R\$261,04 referente a DEZ/2005 foram abatidos do valor devido. A nota fiscal nº 246907, de 25/10/2006, do fornecedor EXPAMBOX, lançada pela contabilidade em NOV/2006, que na sua planilha gerou um imposto de valor R\$404,59, não teve esse valor efetivamente recolhido. Isso é constatado no demonstrativo do confronto entre o cálculo e o recolhimento real. Lá, pode-se perceber que o valor que falta para o recolhido igualar-se ao calculado é exatamente o valor citado. Apensadas, vão as cópias das notas fiscais listadas no demonstrativo.” Período de setembro de 2004 a dezembro de 2006. Demonstrativo às fls. 141 a 149, notas fiscais de entradas e documentos de arrecadação às fls. 150 a 159. ICMS no valor de R\$7.156,17, acrescido da multa de 50%.

Constam, à fl. 9, Intimação dirigida ao autuado, e à fl. 10 seu recibo de entrega dos documentos e demonstrativos do levantamento fiscal. Às fls. 160 a 187, cópias de listagem do autuado com título “LC Materiais de Construção LTDA Recolhimento Antecipado (PE)”, com campos denominados “Notas sem carimbo (109-0)”, “Notas Fiscais com carimbo (058-2)”. Às fls. 188 a 193, Relação de DAEs do autuado emitida pelo Sistema Informatizado INC/SEFAZ. Às fls. 194 a 433, cópias de notas fiscais de entradas.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl.454 (vol. II) apresenta impugnação às fls. 440 a 453, na qual inicialmente argüi a nulidade do Auto de Infração em razão da falta de “indicação exata do local onde efetuou a fiscalização, (sede da empresa)”, e que a narração dos fatos que ensejaram a autuação seria confusa. Diz que o autuante não se pronunciou sobre os pagamentos que ele, autuado, realizou, não especificando quais valores foram quitados sob códigos 2175, 1145, 1844, nem se houve sonegação fiscal.

No mérito, descreve as imputações, e as nega. Diz que, conforme demonstrativo que ele, autuado, anexa (fls. 497 a 501) o ICMS exigido sob código 1145 foi recolhido sob código 2175. Que o ICMS-SIMBAHIA foi recolhido sem dedução do montante referente à Substituição Tributária, e que não pode haver dupla tributação, na entrada e na saída.

Tece considerações acerca do sistema de recolhimentos de impostos estaduais, e da Receita Federal. Diz ter agido de boa-fé. Discorre sobre as garantias constitucionais do contribuinte, citando ensinamentos de Roque Antônio Carrazza e Ricardo Lobo Torres. Fala que a multa aplicada tem caráter confiscatório, citando textos de José Eduardo Soares de Melo, Hugo de Brito Machado, e Américo Lourenço Masset Lacombe. Fala sobre a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC, tecendo comentários sobre as obrigações acessórias, e juros moratórios, dentre outros pontos. Transcreve Acórdãos de julgados do STF. Conclui requerendo a nulidade da autuação e, sucessivamente, a sua declaração de improcedência, por terem sido quitados os créditos tributários.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1065 a 1070 (vol. III), inicialmente descrevendo as alegações defensivas, esclarecendo que não realizou a fiscalização no estabelecimento do autuado, tendo o contador entregue a documentação do contribuinte na INFRAZ Juazeiro, onde foi realizada a ação fiscal. Que as imputações estão descritas com clareza no Auto de Infração, inclusive com informações complementares e o enquadramento legal, tendo sido anexados ao processo todos os demonstrativos e documentos que basearam a autuação. Diz que a infração 01 exige imposto não recolhido sob código 1145, referente a antecipação tributária por substituição,

e que o código 2175 refere-se à antecipação parcial. Que são coisas distintas. Tece esclarecimentos acerca da Substituição Tributária - ST e da antecipação parcial, e das respectivas formas de cálculo. Aduz que foi exigido ICMS-ST em razão da aquisição interestadual de produtos cerâmicos sem o recolhimento do imposto devido. Diz não ser possível fazer compensação do imposto a partir de ato discricionário do agente público, ou do contribuinte, e que a compensação pode ser pedida pelo contribuinte em processo próprio. Acerca das alegações sobre taxa SELIC, acréscimos moratórios e a multa indicada, diz terem sido aplicados de forma regular.

Aduz que o recolhimento do ICMS-SIMBAHIA independe dos valores recolhidos a título de ST. Diz que o contribuinte afirma ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em 2003, quando tal modalidade de recolhimento só foi implantada a partir de março de 2004.

Assevera que a infração 02 não foi objeto de contestação, pelo autuado. Conclui pedindo pela procedência integral d autuação.

Às fls. 1.073 e 1.074, considerando que o contribuinte afirmara, dentre outros pontos, que o Fisco “está cobrando imposto pago pelo código 1145, o qual já fora pago pelo código 2175”; considerando que o código 1145 refere-se a ICMS devido por Antecipação Tributária relativa aos Produtos incluídos no Anexo 88 do RICMS/BA (substituição tributária) e o código 2.175 diz respeito a imposto devido por antecipação parcial; considerando que o contribuinte anexara, às fls. 455, e 459 a 496, cópias de DAEs referentes ao recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, contendo números de notas fiscais no campo “Informações Complementares”, estando alguns com dados ilegíveis; às fls. 456 e 457, Relação de DAEs emitida pelo INC/SEFAZ, referente ao exercício de 2004; e, às fls. 499 a 501, tabela intitulada “Demonstrativo do crédito da antecipação parcial – ICMS antecipação parcial cod 2175 recolhido”, nesta incluindo dados relativos ao exercício de 2003 e aos meses de janeiro e fevereiro/2004, portanto anteriores à instituição da sistemática de recolhimento de ICMS por antecipação parcial, a partir de 01/03/2004, com a promulgação da Lei nº 8.967/03, que acrescentou o artigo 12-A à Lei nº 7.014/96; considerando que, em relação ao período de março/2004 a dezembro/2006, a tabela do contribuinte traz números de notas fiscais que coincidem com aqueles citados no “Demonstrativo de débito da antecipação tributária total”, anexada ao Auto de Infração às fls. 17 a 20, esta 3ª JJF, na busca da verdade material, e considerando ainda que as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não estão sujeitas à antecipação parcial, decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ de origem para que fossem tomadas as seguintes providências:

O autuante:

a) Verificasse, a partir do exame dos documentos originais do sujeito passivo, se este de fato recolhera o ICMS devido por substituição tributária sem a aplicação da MVA, e sob o código de receita de antecipação parcial, em relação a todas as notas fiscais do período de março/2004 a dezembro/2006, que o contribuinte relaciona no “Demonstrativo do crédito da antecipação parcial – ICMS antecipação parcial cod 2175 recolhido”, acostado aos autos e que também constam do levantamento fiscal de fls. 17 a 20.

b) A partir do cotejamento destes dados, se ficasse comprovado o recolhimento anterior do imposto, ainda que por meio de DAEs preenchidos de forma equivocada, elaborasse novo demonstrativo de débito, recalculando o ICMS remanescente de fato devido, para isto considerando a Margem de Valor Adicionado prevista no Anexo 88 do RICMS/BA, caso não computada pelo sujeito passivo quando do recolhimento do imposto sob outro código de receita.

O autuante manifestou-se às fls. 1.075 a 1.076, acostando o levantamento de fls. 1.078 a 1.082. Repete parte do teor da Informação fiscal, e aduz que o IPI, referente a aquisições interestaduais em que o fornecedor era industrial, não fora incluído pelo contribuinte em suas planilhas de fls.

160 a 187, e de fls. 499 a 501, pelo que, mesmo ao calcular o imposto ST como se fosse devido por antecipação parcial, o contribuinte não recolhera todo o imposto devido, ao contrário do que afirmara. Afirma que a contabilidade do contribuinte definiu os valores a serem recolhidos pelo sujeito passivo, conforme se constata da comparação entre os DAEs de recolhimento e os valores apostos na planilha da contabilidade, mas que a segunda planilha, apresentada pelo defensor do contribuinte, destoam, em valores, da primeira.

Diz que, em relação ao produto cerâmica, nos períodos anteriores à instituição da antecipação parcial, nada foi pago pelo sujeito passivo, pelo que não há o que deduzir. Que quanto ao período de março a agosto de 2004 não há planilha com cálculos realizados pela contabilidade, sendo admissível a dedução dos valores apontados pela planilha de fls. 499 a 501. Que de setembro de 2004 em diante, as deduções são as dos recolhimentos de ICMS devido por antecipação parcial efetuados pelo contribuinte, de acordo com a planilha da contabilidade. Que, assim, elaborou-se um novo demonstrativo de débito de ICMS – ST. Que, após efetuadas as deduções relativas a ICMS devido por antecipação parcial, considera cumprida a Diligência solicitada.

O contribuinte, intimado do resultado da Diligência, conforme seu recibo à fl. 1.084, manifesta-se às fls. 1.086 e 1.087, dizendo que haveria dúvidas quanto ao valor a ser recolhido, a partir do demonstrativo fiscal. Repete a alegação defensiva de ter recolhido ICMS-SIMBAHIA sem a dedução do ICMS-ST, no período de 11/2002 a 12/2006, pelo que haveria “bi-tributação”. Alega que, apurada diferença entre o valor de ICMS devido e o recolhido, existe um “crédito tributário” no valor total de R\$33.181,91, quantia que “deve ser restituída ou compensada no próprio auto.” Aduz que, em relação ao ICMS/ST apurado, o ICMS foi recolhido pelo diferencial de alíquota, sem a agregação do percentual de 35%, conforme determinação legal, o que estaria provado pelos DAEs que informa anexar. Pede que, se há débito, seja deduzido do montante o valor de ICMS já recolhido, “Conforme planilha do crédito da antecipação parcial em anexo.” Conclui pedindo dilatação e renovação de prazo para que as questões sejam elucidadas, e disponibiliza-se a novos esclarecimentos. Anexa, às fls. 1088 e 1089, demonstrativo que elabora e, às fls. 1090 a 1092, cópias dos demonstrativos fiscais.

À fl. 1.096, considerando que, em atendimento à Diligência requerida, o autuante pronunciou-se e elaborou novos demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 1.075 a 1.082, relativamente à infração 01, mas não elaborou novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, esta 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ de origem para que o autuante elaborasse demonstrativos de débito para as infrações 01 e 02, indicando, também, o valor total do débito lançado no presente Auto de Infração.

A Diligência foi cumprida às fls. 1.100 a 1.103.

O contribuinte, cientificado, pronunciou-se às fls. 1.108 a 1.112, reproduzindo suas alegações defensivas já apresentadas, e aduzindo que sua sede localiza-se no Município de Juazeiro/BA, em cidade que faz divisa com o Estado de Pernambuco, pelo que é intenso o comércio interestadual. Tece considerações acerca do instituto da substituição tributária e diz que as mercadorias objeto da ST não foram vendidas internamente na Bahia, pelo que o fato gerador de ST não teria ocorrido. Que o Fisco presumiu que as mercadorias teriam sido vendidas em Pernambuco, e se apegou apenas à entrada da mercadoria, para efeito de apuração do ICMS-ST. Fala que a atividade fiscal é vinculada, e cita o CTN. Diz não ser justo recolher, aos cofres públicos, quantia exorbitante que lhe prejudicaria as atividades financeiras. Acosta cópias de notas fiscais às fls. 1.113 a 1.125.

O autuante apresenta nova informação fiscal às fls. 1.127 a 1.129, aduzindo que o contribuinte trouxe, ao processo, na nova manifestação, matéria não questionada anteriormente. Diz que a nova argumentação do autuado diz respeito a matéria estranha ao feito, porque se trata de vendas interestaduais, posteriores aos fatos geradores da autuação, e que deveriam ser levadas ao

conhecimento da administração tributária estadual em processo à parte, no qual o contribuinte pode pleitear todos os seus alegados direitos. Cita o artigo 7º da LC 87/96 e diz que os fatos geradores da autuação ocorreram quando mercadorias enquadradas no Anexo 88 do RICMS/BA adentraram no estabelecimento do contribuinte, e a infração ocorreu quando não foi recolhido tempestivamente o imposto. Diz que deve ser observado o teor do artigo 359, §3º, do RICMS/BA, e que a empresa autuada sempre esteve enquadrada na condição de EPP-SIMBAHIA, sem destacar imposto quando da emissão de suas notas fiscais, e calculando o ICMS a recolher a partir de aplicação de alíquota sobre sua receita bruta. Que, assim, indaga de que iria o contribuinte pedir restituição, se nunca se debitou. Que, ademais, o RICMS/BA prevê que o registro das operações seja feito no livro Registro de Apuração de ICMS, livro não escrutinado pelo contribuinte. Opina pelo indeferimento do pleito do autuado, nos termos do artigo 10, §1º, inciso III, alínea “c”, do RPAF/BA.

## VOTO

Preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade do defendant, uma vez que encontram-se no processo os pressupostos de validade, tendo sido observado o teor do artigo 39 do RPAF/99 e indicados com clareza o autuado, o montante e o fato gerador do débito exigido, não estando incorso nas hipóteses do artigo 18 do RPAF/99. Observo que no corpo do Auto de Infração, à fl. 01, está indicada a IFEP Norte, que funciona também na sede da INFRAZ Juazeiro, naquele Município, como local de lavratura do presente Auto de infração, e que o autuante explicou, em sua informação fiscal, neste aspecto não contestada pelo defendant, que não lavrou o Auto de Infração no estabelecimento do autuado, ao contrário do afirmado pelo sujeito passivo.

No mérito, o Auto de Infração em lide reclama ICMS em razão das duas infrações descritas no relatório que antecede este voto.

Em relação à infração 01, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, esclareço que, em atendimento às Diligências requeridas por esta 3ª JJF, foram considerados, pelo Fisco, os valores de ICMS atinentes à Substituição Tributária - ST que foram recolhidas com a aposição incorreta, no Documento de Arrecadação Estadual - DAE, por parte do contribuinte, do código de receita de ICMS devido por antecipação parcial, uma vez que, conforme comprovam os documentos acostados pelo contribuinte aos autos, verifica-se que o imposto exigido foi parcialmente recolhido, ainda que com o descumprimento da obrigação acessória de preencher de forma exata o Documento de Arrecadação Estadual - DAE.

Observo que o valor de ICMS recolhido pelas operações com mercadorias enquadradas no Regime de pagamento por Substituição Tributária, inversamente ao alegado pelo contribuinte, não pode ser deduzido do ICMS EPP/SIMBAHIA, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei nº 7.357/98, em vigor à época dos fatos geradores objeto da imputação. A saída posterior das mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária não está sendo objeto da presente autuação, pelo que descabe, na análise deste PAF, apreciar as questões suscitadas a respeito pelo contribuinte.

Neste sentido, tendo o autuante elaborado os demonstrativos de fls. 1.100 e 1.101, reduzindo de R\$33.827,34 para R\$22.996,24 o valor do crédito reclamado, e não tendo, o contribuinte, após cientificado dos mesmos, apresentado documentos que elidissem a imputação, voto pela procedência parcial da infração 01 no valor de R\$22.996,24, conforme os mencionados demonstrativos fiscais.

Ainda em relação à imputação 01 modifico de ofício, de 60% para 50%, o percentual de multa indicado no Auto de Infração, nos termos do disposto no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da

Lei nº 7.042/96, por tratar-se de empresa enquadrada no Regime SIMBAHIA à época dos fatos geradores objeto da ação fiscal, portanto dispensada da escrituração regular de livros fiscais.

Em relação à infração 02, recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, o contribuinte não impugna, de forma objetiva, a imputação, apenas alega boa-fé em relação a seus recolhimentos como um todo. A este respeito, exponho que o artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, prevê que a responsabilidade por infração independe da intenção do agente, ou beneficiário. Assim, estando acostados ao processo os demonstrativos às fls. 141 a 149, notas fiscais de entradas e documentos de arrecadação às fls. 150 a 159, que embasam a ação fiscal, considero a infração 02 procedente, aplicando-se a multa de 50% indicada no Auto de Infração, também prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96.

Assinalo que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista nos art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Quanto às multas aplicadas, estão previstas, conforme já demonstrado neste voto, no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Este órgão julgador não pode declarar a constitucionalidade da legislação do Estado (artigo 167 do RPAF/BA).

Quanto à alegação defensiva de que teria direito a restituição de imposto, o contribuinte, caso comprove suas alegações, poderá pedir a respectiva restituição, nos termos do artigo 73, e seguintes, do RPAF/99, à repartição fiscal competente, não podendo tal pleito ser objeto de apreciação no presente processo administrativo fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$30.153,07, com a aplicação das multas indicadas neste voto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279102.0004/07-8, lavrado contra **L C MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.153,07**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR