

A. I. Nº - 206957.0209/06-2  
AUTUADO - GIGAFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS CRISPIM S. NUNES e JOSÉ MARIA DIAS FILHO  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 15. 04. 2009

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0071-01/09**

**EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97. O contribuinte apurou o imposto devido e informou através da DMA e não efetuou o recolhimento correspondente. Infrações caracterizadas. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2006, para exigência de ICMS no valor de R\$28.255,92, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$24.484,42, 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/97, nos meses de setembro e outubro de 2006, conforme “Resumo Fiscal Completo” fl. 06, sendo aplicada a multa de 60 %;
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$3.771,50, 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/97, no mês de 2006, conforme “Resumo Fiscal Completo” fl. 06, sendo aplicada a multa de 60 %.

O autuado por seu representante legal, com procuração à fl. 20, em sua defesa às fls. 12 a 19, inicialmente descreve as infrações, que lhe foram imputadas.

Afirma preliminarmente como fundamento jurídico que o Auto de Infração deve ser julgado nulo em face das irregularidades processuais que enuncia.

Transcreve os incisos II, III e IV do art. 18 do RPAP-BA/99 para asseverar que são nulos aos atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; decisões não fundamentadas e lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Cita o inciso II do § 4º do art. 28 do RPAF-BA/99, para enfatizar que o Auto de Infração deve ser acompanhado e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração.

Destaca o teor do art. 142 do CTN para enfatizar que a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo aí a demonstração dos cálculos e informação dos métodos utilizados para determinar a base cálculo. Acrescenta ainda que o procedimento administrativo do lançamento é consubstanciado numa série de atos jurídicos sucessivos, objetivando uma finalidade única.

Arremata observando que, no presente caso, cumpriria ao Fisco fornecer cópias de todas as notas fiscais que serviram de base de cálculo da autuação acompanhada dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo dos autos.

Depois de afirmar ter ficado provado não lhe ter sido assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, vez que não foram fornecidos os levantamentos elaborados pela fiscalização, conclui salientando serem estas as preliminares arguidas para que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Em relação ao mérito, repete suas argumentações aduzidas ao abordar as preliminares de nulidade, esclarece que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento do mundo social realiza a hipótese figurada na norma jurídica que a descreve.

Cita o art. 155 da Constituição Federal, que institui a regra matriz do ICMS para enfatizar que é necessário identificar a hipótese figurada, ou a figura do tipo tributável. Discorre acerca dos quatro elementos que constituem o fato imponível, ou seja, o pessoal, o material, o espacial e o temporal. Assegura que é impossível nascer o dever jurídico sem que todos esses elementos tenham-se verificado.

Ressalta que o procedimento administrativo é presidido pelos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Cita a posição de Alberto Xavier, para afirmar que a Administração Fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos, antes as circunstâncias de fato, de que dependem o tributo devem estar fixadas o mais rigorosamente possível, numa formulação legal.

Diz que esses elementos definem que a Constituição autoriza ao Estado Federado (sujeito ativos) a exigir de alguém, que realize operações de Circulação de Mercadorias, uma operação pecuniária, e esse alguém (sujeito passivo), somente estará no dever de cumprir essa prestação se, efetivamente, realizar a dita operação.

Destaca que o CTN prevê que o fato gerador é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência e que o lançamento consiste no procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador. Complementa aduzindo que uma tal ocorrência não pode existir por ficção ou ser declarada existente e efetivada por mera presunção do autuante.

Conclui afirmando que pelo exame do mérito a autuação não merece outra sorte senão à improcedência, uma vez que o autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio para chegar ao crédito exigido que ora se combate.

Requer juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova, Perícia com arbitramento e formulação de quesitos e revisão por preposto diverso, tudo para que, ao final, seja o Auto de Infração julgado nulo, e no exame do mérito improcedente.

Ao prestar informação fiscal, fl. 36, o autuante esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de programação de Plantão Fiscal, com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte através na DMAs transmitidas por meio eletrônico, relativas aos meses de setembro, outubro e novembro de 2006.

Esclarece que, como se verifica nas informações e documentos acostados aos autos, fls. 25 a 35, em cujas declarações do próprio autuado constam como apurado e devido os valores de R\$15.482,64, R\$9.001,78 e R\$3.771,50, respectivamente, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2006, perfazendo um total de R\$28.255,92, que não fora recolhido aos cofres públicos.

Conclui afirmando que não há que se alegar favorável ao pedido da defesa, nem quanto à forma, nem quanto ao mérito.

Depois do exame e discussão acerca dos autos, na assentada de julgamento, os membros da 5<sup>a</sup> JJF, por unanimidade, ao constatar que inexistiam nos autos comprovação alguma de terem sido fornecidas ao autuado as cópias dos documentos e demonstrativos que fundamentam a apuração do

débito relativo às duas infrações, decidiram baixar os autos em diligência, fl. 41, para o preenchimento desta lacuna.

Conforme constam às fls. 43 a 48, verifica-se que o autuado foi intimado por via postal, fl. 45, e por edital, fl. 48, para que fosse atendida a diligência determinada pela 5ª JJF, no entanto, não se manifestou nos autos.

#### **VOTO**

A defesa suscitou preliminar de nulidade do procedimento, sob o fundamento de que no Auto de Infração não constam os demonstrativos e nem os levantamentos elaborados pelo autuante para indicar o método da apuração da base cálculo e do valor do imposto exigido, e com isto não fora assegurado seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Entretanto, verifico que identificado este óbice a 5ª JJF determinou a realização de diligência para que fossem fornecidos ao sujeito passivo os demonstrativos, entretanto, constam dos autos “AR” indicando que o autuado não fora encontrado no endereço cadastrado pela SEFAZ, bem como, intimado por edital, não se manifestou.

Ademais, depois de examinar as peças que integram os autos, ultrapassada a questão acima mencionada, pelo não atendimento da intimação pelo autuado, verifico nos autos a inexistência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, por isso, rejeito a preliminar de nulidade requerida nos fundamentos jurídicos da impugnação, por não se enquadrar em nenhum dos requisitos expressos nos incisos do artigo 18 do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido do autuado de perícia e de revisão fiscal por preposto fiscal diverso, com base no art. 147, incisos I, alínea “a” e II “a”, do RPAF-BA/99, fica indeferido, tendo em vista a que a compreensão dos fatos não depender do conhecimento especial de técnico e por considerar suficientes os elementos já contidos nos autos para a formação de minha convicção sobre a matéria, ora em lide.

No mérito o Auto de Infração trata da falta de recolhimento – infração 01, e do recolhimento a menos – infração 02, 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 88.

A defesa alegou que o Auto de Infração é improcedente pelo fato do autuante não ter indicado a metodologia, o critério e o meio para chegar ao crédito exigido.

O autuante informou que o Auto de Infração decorreu da falta de pagamento do imposto apurado e informado pelo próprio sujeito passivo através das DMAs e transmitidas por meio eletrônico.

Verifico ao compulsar os autos, fl. 06, que, efetivamente, a exigência fiscal objeto do presente Auto de Infração decorreu da divergência entre o ICMS Substituição Tributária por Antecipação informado na DMA e o recolhido pelo contribuinte, consoante extrato “Relação de DAEs – Ano 2006” do INC – Informação do Contribuinte, fls. 27 a 29, Portanto, restou evidenciado que a apuração do valor do imposto exigido originou-se de informações geradas pelo próprio autuado.

Como se depreende do quanto acima explanado, apesar da simplicidade evidente da metodologia e do critério para se apurar o crédito exigido, ou seja, uma mera diminuição entre os valores do imposto apurado e informado nas DMAs dos meses de setembro, outubro e novembro de 2006 e os valores recolhidos nestes meses, por ter sido reclamado pelo autuado, foi determinada a realização de diligência para fornecer-lhe as cópias das DMAs, no entanto, não se obteve êxito.

Ante o exposto, entendo que restou evidenciado nos autos o cometimento por parte do autuado das infrações que lhe foram imputadas, bem como, constato que a tipificação sugerida pelo autuante está de acordo com a previsão constante na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206957.0209/06-2, lavrado contra **GIGAFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.255,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR