

A. I. N° - 278987.0011/08-9
AUTUADO - R. A. DO NASCIMENTO
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 19/06/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-03/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 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 aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos pelo autuante, de acordo com a comprovação apresentada pelo defendente, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, refere-se à exigência de R\$65.435,98 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação para fins de comercialização, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$51.635,04.

Infração 02: Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do imposto constatado quando do levantamento de Caixa do exercício de 2005, sendo apurado volume de compras superiores às vendas, inclusive escrituração zero em alguns meses em que as compras foram realizadas. Valor do débito: R\$13.800,94

O autuado apresentou impugnação (fls. 89 a 93), alegando que em relação à primeira infração, a cobrança do imposto por antecipação traz grande ônus ao contribuinte, pelo desembolso do valor do imposto antes mesmo de saber se a operação vai se concretizar, depois pela ilegalidade e inconstitucionalidade e vícios conhecidos pelos tribunais em favor do contribuinte. Transcreve parte de um julgado do Tribunal de Justiça e posicionamento do representante do Ministério Público sobre o assunto. Comenta sobre a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o ICMS, e assegura que apesar da previsão constitucional, o Estado da Bahia, baseado em Decretos, tem exigido recolhimento do ICMS por antecipação, no momento da entrada da mercadoria neste Estado, e tal procedimento além de contrariar o princípio da legalidade, constitui violação dos direitos. Portanto, o defendente entende que a antecipação do pagamento

do ICMS exigida pelo Estado da Bahia, implica modificação do fato gerador do imposto e não pode ser realizado via Decreto.

Quanto à infração 02, o defendente alega que não constou no DOAR do exercício de 2005, o saldo anterior, bem como o valor das duplicatas pagas, ou seja, a pagar no exercício seguinte, conforme consta no livro Caixa. Contesta o percentual da multa aplicada, alegando que toda ação que vise educar e punir não pode ser excessiva, sob pena de constituir ilegalidade ou simplesmente abuso. Portanto, o defendente entende que a multa é confiscatória. Cita os arts. 150, V da Constituição Federal e 113 do CTN, assegurando que a multa não guarda na sua natureza a mensagem do sentido punitivo e pedagógico. Em seguida, o defendente fala sobre o princípio da isonomia consignado na Constituição Federal, e cita a regra prevista no art. 167 do CTN, salientando que não é lícito o tratamento diferenciado entre o fisco e o contribuinte no que se refere ao cálculo do crédito fiscal. Pede a nulidade do Auto de Infração, por entender que, se for confirmado, não poderá embasar uma Certidão de Dívida Ativa apta a instruir uma eventual Ação de Execução Fiscal, ante a sua iliquidez e incerteza. Pede a nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 95 dos autos, diz que refez os cálculos a partir dos documentos apresentados pelo defendente às fls. 88 a 93, acostando à fl. 97 do PAF novo demonstrativo das disponibilidades do exercício de 2005. Assim, o autuante entende que o contribuinte está sendo atendido em suas reivindicações, considerando as retificações realizadas. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, após as correções requeridas pelo defendente. Anexou aos autos Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, solicitando ao autuado a entrega dos seguintes documentos: Notas Fiscais de Entradas do exercício de 2005 pagas em 2006; todos os comprovantes de despesas; comprovação do saldo inicial de caixa do exercício de 2005; comprovantes de empréstimos recebidos (se tiver); escrita contábil (livro Diário e livro Razão).

À fl. 106 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos NOVOS documentos acostados aos autos pelo autuante, constando à fl. 105, Aviso de Recebimento assinado pelo representante do contribuinte, comprovando que o autuado recebeu cópia da mencionada informação fiscal, demonstrativos e documentos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração em lide trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial referente às aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, conforme demonstrativo às fls. 40 a 76 dos autos.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96:

“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”.

O autuado alega que apesar da previsão constitucional, o Estado da Bahia, baseado em Decretos, tem exigido recolhimento do ICMS por antecipação, no momento da entrada da mercadoria neste Estado, e tal procedimento além de contrariar o princípio da legalidade, constitui violação dos direitos. Entende que a antecipação do pagamento do ICMS exigida pelo Estado da Bahia, implica modificação do fato gerador do imposto e não poderia ser realizado via Decreto.

Quanto à inconstitucionalidade alegada pelo defendente, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Observo que a exigência fiscal foi efetuada com base nos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 40 a 76 dos autos, e o defendente não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Considerando que não foi elidida a exigência da antecipação parcial, concluo que são devidos os valores do imposto apurados no demonstrativo elaborado pelo autuante. Infração subsistente.

A infração 02 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa referente ao exercício de 2005.

A legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96).

Em sua impugnação, o autuado alega que não constou no DOAR do exercício de 2005, o saldo anterior, bem como o valor das duplicatas pagas, ou seja, a pagar no exercício seguinte, conforme consta no livro Caixa.

Diante das alegações defensivas, o autuante intimou novamente o autuado a apresentar as comprovações necessárias, conforme intimação à fl. 96, e à vista da documentação apresentada, elaborou novo demonstrativo da Conta Caixa (fls. 97/98), e de acordo com os novos valores, ainda foi constatado saldo credor de caixa, tendo sido apurado que o débito original ficou reduzido para R\$13.145,94.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de entradas de mercadorias não registradas, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002.

Vale salientar, que após a revisão efetuada pelo autuante, o defendente foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, constando à fl. 105, Aviso de Recebimento assinado pelo representante do contribuinte, comprovando que o autuado recebeu cópia da mencionada informação fiscal, demonstrativos e documentos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. Portanto, inexistem divergências após a revisão nos cálculos efetuada pelo autuante. Infração subsistente em parte, no valor de R\$13.145,94.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada afigura-se na forma de confisco, observo que a aplicação das multas indicadas no presente Auto de Infração são decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração.

Observo que houve equívoco na indicação da multa referente à primeira infração (60%), tendo em vista que de acordo com o histórico de atividade, o autuado esteve como microempresa até 30/03/2007 e a partir de 01/04/2007 passou à condição de empresa de pequeno porte. Neste caso, deve ser alterada a multa indicada para 50%, conforme art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei

7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **278987.0011/08-9**, lavrado contra **R. A. DO NASCIMENTO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$64.780,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$51.635,04 e 70% sobre R\$13.145,94, previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA