

A. I. Nº - 298618.0053/08-1
AUTUADO - GILMAC MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0312-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. - EPP. 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. Contribuinte junta aos autos prova de recolhimento de parcela da exigência. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/05/2008, exige imposto no valor de R\$ 50.888,61, pela falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado, às fls. 581/589, apresentou defesa alegando que efetivou o recolhimento parcial dos tributos, conforme DAES que anexa, mas que foram desprezados pela fiscalização, apesar de admitir o fato. Diz que o Auto de Infração tem erros que o vicia porque a multa incide sobre o valor total do débito, sem considerar os valores já pagos e que não houve a apresentação da planilha relativa ao exercício 2004, o que gera cerceamento de defesa e a conseqüente nulidade do auto de infração.

Assevera que o lançamento tributário somente pode ser alterado em decorrência de erro de fato e não erro de direito, citando o princípio da inalterabilidade constante do art. 145, CTN. Cita, nesse sentido, a doutrina de MISABEL ABREU MACHADO DERZI, PAULO DE BARROS CARVALHO, além da jurisprudência, Súmula 227 do extinto TFR, RE 74385/MG (STF).

Conclui alegando que está sendo cobrado em valores já recolhidos, devendo o auto ser nulo de pleno direito, pois o erro existente estabelece dupla cobrança, requerendo provar o que sustenta por todos os meios de prova inscritos e não defesos na lei.

Auditor fiscal designado, à fl. 623 admite erro na planilha 2005, estando correta a argumentação do autuado relativa ao valor dos tributos recolhidos no período. Diz que não houve cerceamento de defesa, pois o contribuinte teve acesso às planilhas 2004 e 2005, entregues em 28.04.2008, conforme documento de fl. 09.

Conclui que estando correta a planilha, sugere o julgamento parcialmente procedente com a exclusão do período de 2005.

Em vista do óbice apresentado para o julgamento da lide, o presente Processo Administrativo Fiscal – PAF – foi submetido à apreciação em pauta suplementar e os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, em atenção ao devido processo legal e ao contraditório, decidiram baixá-

lo em diligência para que o autuante procedesse a assinatura dos demonstrativos, elementos do auto de infração, que devem ser assinados pelo Auditor Fiscal, que tem competência privativa para sua lavratura (art. 42, RPAF/BA); fazer a entrega dos demonstrativos do exercício 2004 e elaborar novos demonstrativos consignando os valores efetivamente pagos pelo autuado, de acordo com os documentos acostados aos autos.

Em resposta à diligência solicitada o auditor diz, fl. 628, que procedeu a uma reelaboração dos demonstrativos do exercício 2005, entregues ao autuado, conforme demonstrativo de fl. 629; entregou a planilha de 2004, apesar de já tê-la entregue antes, conforme comprova Termo de fl. 09; traz aos autos cópias das planilhas em documentos de fls. 630/641, devidamente rubricadas pelo autuante e pelo autuado.

O autuado volta a manifestar-se, fls. 643/647, argumentando que o autuante reconheceu os erros apontados nas razões em relação ao exercício 2005, caracterizando a nulidade do auto de infração. Na planilha de 2004, diz que o fiscal não considerou vários pagamentos que discrimina, no total de R\$ 2.451,33. Diz que em função disso, os valores de 2004 ficam desprovidos de executabilidade e configuram a necessidade da nulidade.

Defende o autuado que a apresentação da nova planilha e a atualização do exercício 2005 comprometem o direito de redução da multa garantido ao contribuinte, reiterando os pedidos de nulidade da notificação, manutenção da redução da multa, reconhecimento dos valores apontados pelo recorrente.

Requer provar o alegado por todos os meios de direito.

O autuante igualmente volta a se pronunciar, fls. 656/658, afirmando que os valores referentes à planilha 2005 foram corrigidos e entregue ao autuado que não os contestou. Com relação ao exercício 2004, reafirma que foi entregue ao senhor Marcos Felipe, representante da empresa, no dia 28.04.08, também não foi contestada. Diz que a contabilidade já havia concordado com os valores levantados, conforme e-mail, fl. 22.

Admite o Auditor Fiscal não ter feito antes a revisão das planilhas porque o autuado também não fizera qualquer contestação. Faz nova planilha cancelando os “dados reconhecidamente errados e apresentando novos valores”.

Intimado a tomar conhecimento de tais alterações, fl. 668, o autuado não o fez.

VOTO

Preliminarmente, cumpre examinar as questões processuais reclamadas na presente exação. Diz o autuado que não houve a apresentação da planilha relativa ao exercício 2004, o que gera cerceamento de defesa e a conseqüente nulidade do auto de infração; diz ainda que houve ofensa ao princípio de inalterabilidade do lançamento tributário e que as alterações havidas nos autos põe em risco seu direito de redução das multas.

Decerto que não houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Pois o mesmo teve acesso às planilhas 2004 e 2005, entregues em 28.04.2008, conforme documento de fl. 09. Para dirimir qualquer dúvida, o processo foi convertido em diligência para nova entrega das planilhas respectivas o que motivou ao contribuinte efetuar nova manifestação e aduzir as razões em favor dos seus argumentos.

Não houve igualmente no presente processo qualquer alteração de ofício por erro de direto ou mesmo de fato, no sentido de modificar o ato para agravar a situação do contribuinte. O lançamento de ofício foi alterado em virtude da própria impugnação do sujeito passivo, nos termos do art. 145 I CTN.

Quanto à redução das multas, nenhum prejuízo foi acometido ao contribuinte, tendo em vista que as alterações ocorridas no auto de infração surgiram em atenção à impugnação ao lançamento procedida pelo próprio sujeito passivo; ademais, a infração contida nesse processo comporta redução da multa até antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário, fl. 05.

Portanto, rejeitadas as nulidades retro suscitadas.

No mérito, cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente da falta de recolhimento em relação à antecipação parcial, referente a aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos termos do art. 12-A, Lei nº 7.014/96, regulamentada no art. 352-A, RICMS/BA, conforme demonstrativos elaborados para os exercícios 2004 e 2005.

Argumenta o autuado que não lhe foram entregues os demonstrativos que sustentaram a exigência do exercício 2004, que o impossibilitou exercer com plenitude o seu direito de defesa; com relação ao exercício 2005 alega que diversos pagamentos deixaram de ser observados pelo autuante. O Auditor Fiscal responsável pelo feito concorda que houve erros na planilha de 2005 e pede sua exclusão; diz que no exercício de 2004, não houve cerceamento de defesa, tendo em vista a entrega dos demonstrativos ao autuado.

Face aos óbices apresentados para o julgamento da lide, o presente Processo Administrativo foi convertido em diligência a fim de que o processo fosse saneado com a entrega das planilhas reclamadas pelo sujeito passivo, verificação dos pagamentos não computados, além de elaborar novos demonstrativos consignando os valores efetivamente pagos pelo autuado, de acordo com os documentos acostados aos autos, e ainda, assinatura dos demonstrativos que serviram à instrução do processo em tela, nos termos do art. 42, RPAF/BA.

Examinando os autos do processo verifico que o Auditor Fiscal em atenção à diligência pedida procedeu às alterações nos demonstrativos do exercício 2005, conforme indica documento de fl. 629; entregou a planilha de 2004, apesar de já tê-la entregue antes, conforme comprova Termo de fl. 09; traz aos autos cópias das planilhas em documentos de fls. 630/641, devidamente rubricadas pelo autuante e pelo autuado.

A exigência de ICMS por antecipação parcial, além das considerações já feitas preliminarmente, tem disposição legal expressamente disciplinada no art. 155, § 2º, inciso VII, "b", da Constituição Federal; as alíquotas interestaduais são aplicáveis apenas nas operações destinadas a contribuintes do imposto. Portanto, as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, realizadas por quem não seja contribuinte do ICMS, deverão ser feitas com alíquota cheia do Estado de origem.

Nesse sentido, no Estado da Bahia, o ICMS antecipação parcial foi instituído pela Lei de nº 8.967/03, que no seu art. 2º acrescentou os seguintes dispositivos à Lei nº 7.014/96:

I - o art. 12-A, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2004:

“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 Decreto 8.969/04 regulamenta a norma no art. 352-A, RICMS/BA da forma abaixo descrita e com efeitos igualmente a partir de 01.03.04:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Posto isso, fica evidenciada a ocorrência da antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente independente do autuado estar cadastrado na condição de empresa de pequeno porte, com relação antes, às aquisições das mercadorias, no exercício de 2004, cujo demonstrativo de débito definitivo com as alterações devidas, está apenso às fls. 659 a 665, enviado ao contribuinte que, intimado a se manifestar, não o fez. Assim, o valor exigido no exercício 2004 fica reduzido para R\$ 16.587,76.

Com relação ao exercício de 2005, afastada a arguição de lesão ao princípio da inalterabilidade do

lançamento, art. 145 do CTN, o autuante fez as correções necessárias, consignando os DAES efetivamente pagos, conforme consta do novo demonstrativo de fls. 637 a 631, cujas cópias foram enviadas ao contribuinte para conhecimento e manifestação, conforme intimação, fl. 669, que também não a fez, restando caracterizada a falta de pagamento do ICMS antecipação parcial, no exercício 2005 o valor de R\$ 10.951,86.

MÊS REFERÊNCIA	VALOR DEVIDO	FLS.
mar/04	3.183,83	659
abr/04	1.246,36	660
mai/04	1.912,30	661
jun/04	660,64	661
jul/04	1.354,72	662
ago/04	2.477,66	663
set/04	1.319,31	663
out/04	1.095,73	664
nov/04	2.047,98	665
dez/04	1.289,23	665
jan/05	70,93	595
fev/05	726,61	637
mar/05	1.660,14	637
abr/05	1.154,55	638
mai/05	811,18	638
jun/05	399,28	639
jul/05	532,79	639
ago/05	72,50	639
set/05	780,92	640
out/05	2.268,25	640
nov/05	1.066,63	640
dez/05	1.408,10	641
TOTAL	27.539,64	

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0053/08-1**, lavrado contra **GILMAC MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 27.539,64**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANLO REIS LOPES – JULGADOR