

A. I. Nº - 207351.0009/08-1
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ALVES DE NOVAES e VIRGILIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET 20.11.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0329-05/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração mantida, com correção da multa aplicada para o dispositivo do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pois os fatos geradores reportam-se aos exercícios de 2004 a 2006. 2. 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 não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/12/2008, exige ICMS, no valor de R\$2.581.707,69, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 2.059.781,72 e multa de 60%.
2. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionados no Anexo 88 do RICMS/97. ICMS no valor de R\$ 521.925,97 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 356 a 373, na qual requer a nulidade do auto de infração, por agressão aos princípios da legalidade e da impessoalidade. Afirma ainda que o auto de infração deve obrigatoriamente ser lavrado no local onde a falta é verificada, pena de nulidade. Quanto à infração 1, aduz que não foram computados alguns comprovantes de recolhimentos tanto de antecipação como de substituição tributária, se limitando o autuante a buscar no sistema os valores recolhidos.

Com relação à infração 2, alega ser de responsabilidade exclusiva do contribuinte substituto da unidade da federação de origem, portanto se exime da responsabilidade pelo imposto reclamado enquanto não executada ação fiscal sobre o contribuinte substituto, restando-lhe apenas a responsabilidade supletiva.

O autuante presta informação fiscal fls. 377 a 379, e com relação à infração 1, aduz que as alegações do autuado quanto à nulidade da autuação, são totalmente equivocadas:

- 1º) o Auto de Infração enquadra e tipifica a irregularidade, cita a legislação pertinente, demonstra através de planilha a um nível de detalhamento que chega aos itens que compõem a nota fiscal (vide demonstrativos);
- 2º) Os trabalhos de fiscalização no âmbito da SEFAZ, carecem de um documento emitido pelo Gestor Tributário, denominada “Ordem de Serviço”, este documento tem numeração sequencial válida para todo o Estado, é controlado eletronicamente por sistema de gestão, exclusivamente criado para este fim. Outrossim, a legislação que trata da lavratura do auto de infração não obriga que seja exclusivamente no estabelecimento, mas também na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

A alegação de que não foram computados valores recolhidos é totalmente improcedente, todos os valores recolhidos foram computados, conforme demonstrado fls 138 a 154. Os totais ali encontrados são levados para a coluna 11 da planilha da antecipação total ou substituição tributária ou coluna 10 da planilha de antecipação parcial.

Informa que os dados foram captados por meio das informações prestadas pelo contribuinte à SEFAZ, e que se estas contém erros, cabe ao autuado apresentar o documento original, para que seja efetuada a correção devida, o que não foi feito pelo contribuinte que não apresentou sequer um documento em sua defesa.

Na infração 2, o autuado está equivocado, pois o tratamento tributário dispensado às operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, oriundas de outras unidades de Federação, signatários de convênio ou protocolo, prevê a retenção do imposto pelo contribuinte substituto na unidade da federação de origem. Mas, no caso desta infração, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto passa a ser do adquirente, nas entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, oriundas de outras unidades da federação, conforme art. 371 do RICMS/97.

Ressalta que em nenhum momento o sujeito passivo questiona os valores que estão sendo exigidos.

Constato que na fl. 383 consta Procuração devidamente assinada pela sócia da empresa.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, com relação aos princípios da legalidade e da impessoalidade, que teriam sido agredidos, pois as infrações estão devidamente motivadas e encontram fundamento na legislação do ICMS do Estado da Bahia, Lei nº 7.014/96. Quanto à impessoalidade, a exigência fiscal está amparada no poder-dever vinculado que o auditor fiscal possui, com atribuição de competência para a lavratura de auto de infração. Ademais, o lançamento obedeceu aos ditames previstos no art. 39 do RPAF/99, apto assim a surtir efeitos jurídicos e legais.

Também não acato o pedido de nulidade por não ter sido lavrado o auto de infração no estabelecimento do contribuinte. Conforme § 3º do art. 39, RPAF/99, o auto de infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Portanto, nenhuma ofensa aos direitos do contribuinte foi cometida, não há razão para aplicação da nulidade do ato administrativo, conforme art. 18 do já citado diploma legal.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

A antecipação parcial constitui-se em antecipação de parte do imposto que não encerra a fase de tributação da mercadoria e deve ser calculada aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da

operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se o valor do crédito fiscal destacado, conforme previsão contida no art. 352-A do RICMS/BA.

O demonstrativo encontra-se nas fls. 45 a 136 do PAF, e contém a forma de cálculo de acordo com a previsão legal acima citada.

O contribuinte na peça de defesa alega de modo genérico que não foram computados alguns comprovantes de recolhimentos tanto de antecipação como de substituição tributária, e que o auditor fiscal se limitou a buscar no sistema os valores recolhidos.

Contudo, esta assertiva não vem acompanhada de qualquer documento que a referende, mesmo porque verifico na planilha de fls. 138 a 154, que estão relacionados todos os recolhimentos relativos à antecipação parcial e à antecipação total, ambos considerados no trabalho fiscal, posto que os totais ali consignados foram levados para a coluna 11 da planilha da antecipação total ou substituição tributária, ou coluna 10 da planilha de antecipação parcial.

Quanto ao alegado de que não teriam sido acostadas todas as notas fiscais objeto da infração, saliento que os dados constantes do levantamento fiscal foram obtidos nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte à SEFAZ, e que o mesmo tem a posse dos documentos fiscais.

Também não acolho o argumento do contribuinte de que não teria sido considerado as reduções de base de cálculo. Ocorre que para fazer jus às reduções na qualidade de empresa de pequeno porte, é necessário que o recolhimento do imposto seja feito no prazo regulamentar, o que não ocorreu. Ademais, os valores recolhidos mensalmente foram deduzidos, pois está sendo exigido apenas a diferença entre o valor recolhido e o devido.

Deste modo, como na peça de defesa não foram apontados especificamente a existência de erros no lançamento fiscal, fica mantida a infração na sua totalidade.

Ressalto que a penalidade aplicada deve ser corrigida para a prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, *“quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal em que não haja dolo”*, pois a previsão contida no art. 42, II, “d” *“quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, foi dada pela Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28/11/07, e os fatos geradores desta infração reportam-se aos exercícios de 2004 a 2006”*.

Na infração 2, está sendo exigido imposto em razão de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

Reza o art. 371 do diploma regulamentar deste Estado que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação.

Embora o autuado tenha contestado, na defesa, que as mercadorias objeto da infração, estão no regime de substituição tributária, e que a sua responsabilidade é supletiva, não podendo ser exigido o ICMS na forma que lhe está sendo feita, este argumento não pode ser acatado, pois não há convênio ou protocolo, firmado entre o Estado da Bahia e os estados remetentes, para as mercadorias objeto da infração, e neste caso, a responsabilidade do pagamento do ICMS devido é do adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, e será efetuado por antecipação.

Ressalto que o sujeito passivo não apontou qualquer erro no cálculo do imposto, pelo que fica mantida a infração.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, foge da competência deste órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativos. Outrossim, as multas estão expressamente previstas na Lei nº 7.014/96.

O contribuinte pede a limitação da penalidade pecuniária em 30%, mas trata-se de matéria de reserva legal, prevista na Lei nº 7.014/96, bem como o pedido de aplicação dos juros de mora, somente a partir do ajuizamento da cobrança fiscal, deste modo, não podendo ser revisado por este órgão julgador.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207351.0009/08-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.581.707,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR