

PROCESSO - A. I. Nº 277829.0017/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CAMMEC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0001-03/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/11

EMENTA: ICMS. 1. 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 convênio ou protocolo que previsione a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, excluindo-se as mercadorias não incluídas na substituição tributária. 2. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não ficou comprovado nos autos que houve apuração do imposto por meio de arbitramento. Inaplicável a presunção por falta de escrituração de documento fiscal de aquisição, porquanto o defendente estava dispensado pela legislação do SIMBAHIA de escrituração contábil e lançamento das notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o caso em apreciação de Recurso de Ofício apresentado para exame da Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão nº 0001-03/11, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 277829.0017/07-8, lavrado em 28/09/2007, imputando ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, sendo ambas objetos do presente Recurso, a saber:

INFRAÇÃO 1: Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de janeiro a abril, julho a setembro de 2002; março, maio a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$881,21.

INFRAÇÃO 2: Deixar de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos em livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2002; janeiro, fevereiro, abril, junho, agosto e dezembro de 2003. Valor do débito: R\$22.678,37.

O autuado apresentou, através de advogado, impugnação tempestiva (fls. 1562 a 1576) sustentando contra o Auto de Infração inúmeros equívocos de “natureza imperativa e/ou contábil”, tais como lançamentos em duplicidade e divergências nos “enquadramentos provenientes da escrita da empresa”. Suscitou a nulidade da autuação e, meritoriamente, a sua procedência parcial.

A autuante prestou a informação fiscal de fls. 1610/1611, onde acolheu, em parte, as razões defensivas, apenas para a exclusão, na infração 02, das notas fiscais lançadas por equívoco, apresentando novos demonstrativos de débito e, mantendo, integralmente, a infração 01.

O contribuinte, devidamente intimado, apresentou manifestação (fls. 1619/1625) reiterando os argumentos constantes da defesa quanto à infração 01, com indicação de notas fiscais para provar a duplicidade de lançamento, uma vez que a autuante não reconheceu tal tese, enquanto, em relação à infração 02, alegou que apesar de terem sido acolhidos questionamentos trazidos na impugnação inicial, ainda remanesciam incongruências quanto a algumas notas fiscais.

A fl. 1647 consignou nova informação fiscal, onde a autuante informou que nada tem a acrescentar ao que já foi dito na primeira informação fiscal, mantendo a procedência da autuação, com as deduções que já foram indicadas.

Prosseguindo, a JJF converteu o processo em diligência para INFAZ de origem, objetivando providências saneadoras e prestação de esclarecimentos necessários ao julgamento do PAF (fl. 1650).

Às fls. 1654/1655, a autuante prestou informação em atendimento à solicitação da diligência, sendo o autuado intimado, em seguida, contudo decorreu o prazo sem manifestação.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, afastou a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, na medida em que se encontravam no feito, após a diligência, os elementos que sanavam a irregularidade apontada pelo contribuinte.

Na seara meritória, a JJF decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração, assim se manifestando, *verbis*:

“No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento 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/BA.

Observe que se trata de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, se o contribuinte fosse credenciado.

Em sua impugnação, o autuado alegou que não recebeu as notas fiscais que embasaram a exigência fiscal, tendo sido reaberto o prazo de defesa com a entrega de cópias das mencionadas notas fiscais, conforme diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal (fl. 1681 do PAF).

Quanto ao exercício de 2002 a autuante elaborou novo demonstrativo (fl. 1656), com os seguintes dados: o emitente, a mercadoria, a classificação fiscal além da página do processo onde constam as notas fiscais. Diz que deve ser observado que as mercadorias estão enquadradas no art. 353, inciso II, item 27, e não no item 30 como alegado pelo contribuinte.

Embora o defendente não tenha contestado o novo demonstrativo elaborado pela autuante, constato que a mercadoria conversor (NCM 8504-4050) não está inserida no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária, previstas no item 27 do art. 353 do RICMS/BA. Assim, com a exclusão do imposto correspondente à NF 42804, da mercadoria conversor, o débito relativo ao mês 01/2002 fica reduzido para R\$2,95, permanecendo inalterados os demais valores correspondentes a 2002, totalizando o débito de R\$252,66, tendo em vista que se referem a mercadorias com NCM 8536-5090, reconhecidas pelo autuado.

Em relação ao exercício de 2003, a autuante informa que os valores apurados, constantes do demonstrativo de fls. 21/22, referem-se a fretes pagos pelo contribuinte, decorrentes de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, sujeitando-se ao pagamento do ICMS por “antecipação total”.

Observe que independente de a autuante não ter anexado os Conhecimentos de Transporte aos autos, somente há possibilidade de exigir o imposto por substituição tributária sobre os valores referentes ao frete, quando ficar configurada a impossibilidade de inclusão desses valores na base de cálculo da substituição tributária por não serem os valores do frete conhecidos do sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal. Neste caso, o recolhimento do imposto sobre a parcela do frete é que será efetuado pelo destinatário, conforme § 1º do art. 61, combinado com o parágrafo único do art. 357 do RICMS/BA. Ademais, não consta nos autos as mercadorias objeto da autuação no exercício de 2003, estando configurada a falta de

certeza e liquidez dos valores apurados neste exercício. Portanto, é nula a exigência do imposto no mencionado exercício.

Concluo que é parcialmente subsistente a exigência fiscal, no valor de R\$252,66, apurado pela autuante à fl. fl. 1656, considerando a improcedência da cobrança do imposto correspondente à NF 42804, da mercadoria conversor, no débito relativo ao mês 01/2002, que passou a ser de R\$2,95.”

Em seguida, a Junta decidiu pela nulidade da infração 2 amparada nos seguintes fundamentos:

“Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos em livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2002; janeiro, fevereiro, abril, junho, agosto e dezembro de 2003.

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante esclareceu na informação fiscal às fls. 1654/1655, que os valores apurados referem-se às notas fiscais não registradas nos livros fiscais próprios, cujas cópias constam do presente processo, identificadas nos demonstrativos que anexou aos autos (fls. 1658 a 1662), onde fez exclusão da NF 248.605, de 08/01/2002, lançada em duplicidade e, com a finalidade de elucidar o equívoco na emissão do presente Auto de Infração, informa que a exigência do imposto neste item foi efetuada por presunção de omissão de saídas e não de arbitramento.

De acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Observe que no período fiscalizado o sujeito passivo era inscrito no SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, e as obrigações relativas à escrituração para as empresas inscritas no SIMBAHIA são previstas no inciso VI, do art. 408-C, do RICMS/97, que estabelece:

“Art. 408-C. As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes (redação vigente à época):

VI - escrituração:

a) do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)”.

À época dos fatos, o contribuinte estava inscrito no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte, e nesta condição, em relação às aquisições de mercadorias, a legislação vigente à época estabelecia a obrigatoriedade de o autuado informar na DME os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, constituindo-se resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais correspondentes a operações e prestações ocorridas no período de referência (art. 355, § 2º do RICMS/97 – vigente até 30/06/2007).

Por outro lado, o inciso XII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, com efeito a partir de 01/01/2003, por força da alteração processada pela Lei 8.542/02, prevê exigência da multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na DME.

Portanto, não ficou comprovado nos autos que houve apuração do imposto por meio de arbitramento. Também não se aplica a presunção de omissão de saídas no presente caso, haja vista que o defendente estava dispensado pela legislação do SIMBAHIA de escrituração contábil e lançamento das notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas, sendo nula a exigência do imposto na forma adotada pela autuante, conforme previsto no dispositivo legal acima mencionado.

Saliento que deve ser renovado o procedimento fiscal com o objetivo de apurar o real valor do débito, a salvo das incorreções apontadas.”

Nesse contexto, e obedecida a legislação vigente, precisamente o art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, composto de dois lançamentos, imputando a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, bem como a falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos em livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento, sendo as irregularidades apuradas dentro dos exercícios de 2002 e 2003.

Do exame da procedimentalidade, verifico que a Decisão recorrida se apresenta incensurável, na medida em que, conforme descrito com detalhes no Relatório, a JJF, de forma exemplar, procedeu à desoneração da infração 01 e identificou vícios na ação fiscal, os quais, sem margem à dúvida, acarretam insegurança na acusação imputada ao contribuinte referentemente à infração 2.

Com efeito, analisando especificamente a imputação de nº 01, após confrontá-la com a defesa e a Decisão, constato inexistir qualquer ponto a merecer reforma, tendo a próprio autuante reconhecido parte das razões defensivas, e a JJF, acertadamente, excluído do imposto apurado para o exercício de 2002, o valor correspondente à NF 42804, por se tratar de mercadoria (conversor NCM 85044050) comprovadamente não inserida na classe daquelas sujeitas à substituição tributária, prevista no item 27 do art. 353 do RICMS/BA.

Ainda reportando-me à infração 1, particularmente o exercício de 2003, comungo do entendimento da Junta, na linha de ser nula a exigência do imposto no referido lançamento, porquanto os valores apurados se originaram de fretes pagos pelo contribuinte, decorrentes de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, que estariam sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação, logo diretamente ligada à apuração da base de cálculo da antecipação total, ou seja, conjuntamente frete mais mercadoria, e como não se encontram anexados, na ação fiscal, os Conhecimentos e as Notas Fiscais das mercadorias, objeto da autuação no exercício de 2003, configurada a falta de certeza e liquidez dos valores apurados, acarretando a nulidade do lançamento.

Logo, confirmo a Procedência Parcial da infração 1, ratificando a exigência fiscal no valor de R\$252,66.

No que pertine à infração 2, de igual sorte, compartilho do posicionamento da JJF na linha da nulidade da imputação, porquanto os elementos informativos residentes nos autos, sobretudo a descrição e o enquadramento aplicado pela autuante na imputação fiscal, são conducentes com tal conclusão.

Assim é que consigna a autuação como violados os artigos 937 e 938, do RICMS/BA, os quais versam sobre o instituto do arbitramento, enquanto na informação fiscal (fls. 1654/1655) a autuante assevera, taxativamente, que a exigência do imposto neste item foi efetuada por presunção de omissão de saídas e não por arbitramento, retratando a incerteza e a insegurança da ação fiscal, no específico.

Aliás, registre-se que há total descompasso entre a infração imputada e os papéis de trabalho que embasam a referida exigência fiscal, visto que a análise destes últimos evidencia que se apurou o imposto lançado como presunção de omissão de saídas pela falta de registro de notas fiscais de entradas, nos termos do §4º do art. 4º da Lei n.º 7.014/96, enquanto que a acusação fiscal se refere a arbitramento da base de cálculo, que tem uma forma de apuração completamente diferente da adotada.

Relevante destacar o aspecto segundo o qual, ainda que fosse aplicada a legislação autorizadora da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), à época dos fatos geradores o contribuinte se encontrava inscrito no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte, com dispensa de escriturações previstas no art. 408-C, IV do RICMS/BA, e com obrigatoriedade de informar, na DME, os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, e os dados de estoque inicial e final do período, havendo penalidade específica previsionada no inciso XII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, qual seja, multa de 5% do valor comercial das mercadorias que ingressassem no estabelecimento, dentro do período, quando não informado na DME.

Diante de tais circunstâncias, sobretudo em razão da existência de insanável vício de procedimento na apuração da imputação, caracterização do fato e motivação jurídica do lançamento, gerando incerteza, com decorrente falta de liquidez do débito apurado, disso

restando ausentes elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, a teor do art. 18, inciso IV, do RPAF/BA, ratifico a Decisão de nulidade proferida pela instância de piso.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício formalizado pela 3ª JJF, mantendo inalterada a Decisão recorrida, discordando apenas quanto à recomendação de renovação do procedimento fiscal.

Em relação à infração 1, por já terem os fatos geradores sido alcançados pela decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme estabelece o artigo 107-A, do COTEB, inviabilizando a sua renovação, por se constituir o vício detectado de natureza material.

Em relação à infração 2, não seria caso de renovação, mas de nova ação fiscal, desta feita com lastro na presunção de omissão de saídas tributáveis, decorrente da entrada de mercadorias eventualmente não lançadas na DME, devendo ser observado o prazo previsto no Art. 173, I, do CTN, que já se expirou.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277829.0017/07-8, lavrado contra **CAMMEC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$252,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO -SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS