

A. I. Nº - 300766.0002/10-1
AUTUADO - CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET 17.08.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0213-05/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. REFEITO A CONTA-CORRENTE FISCAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Exigência subsistente em parte, após compensação de indébito fiscal; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovada a exigência, após consideração dos regulares créditos fiscais. Exigência subsistente. 2. ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Exigência reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento da 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, a ser efetuada pelo próprio adquirente. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Exigência subsistente. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APROPRIAÇÃO A MAIS DO ICMS RECOLHIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/06/2010, exige do autuado débito no valor de R\$ 67.511,23, conforme documentos às fls. 10 a 171 dos autos, em razão das seguintes acusações:

INFRAÇÃO 1 – Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Embora tenha escriturado os documentos fiscais, apurou incorretamente o imposto e mesmo assim não recolheu. Pelo anexo 01 (Conta Corrente) foi glosado o valor lançado a mais em outros créditos, apurando-se o valor correto do imposto ora reclamado (ICMS de R\$ 10.992,77 em 28/02/2006);

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 8.335,43, relativo à data de ocorrência de 30/04/2006, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Pelo anexo 01 foi apurado o imposto devido que coincidiu com o lançado no Livro RAICMS;

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de 12.924,33, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Do anexo 01 consta que houve recolhimento do imposto a menor. Tal fato se deu ao erro na apuração do imposto devido, principalmente por lançar a mais em outros créditos o imposto da antecipação parcial, bem como estornos de débitos sem comprovação, apesar de ter sido intimado.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de 34.041,55, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de

comercialização. Pelo anexo 07 (Auditoria da Substituição e da Antecipação Tributária – Apuração do ICMS devido por Ant Parcial) apurou-se o imposto recolhido a menos. Do anexo 08 consta à relação dos recolhimentos por mês de referência. Seguem anexas cópias dos Livros Registros de Entradas (008 e 009) nos meses em que ocorreu a antecipação tributária parcial a menor.

INFRAÇÃO 5 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.217,15, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação. Como se ver no anexo 05, lançou em outros créditos no livro RAICMS, a título de antecipação parcial, valores maiores do que os recolhidos (conforme anexos 03 e 04). Cópias dos resumos mensais do Livro RAICMS (livros 008 e 009) anexas.

O autuado apresenta, tempestivamente, impugnação ao lançamento de ofício, às fls. 176 a 180, na qual aduz cerceamento ao direito de defesa em razão de que, quando do recebimento via correio do Auto de Infração, os documentos indispensáveis para argumentação dos fatos apontados não foram juntados, de modo que ensejasse a ampla defesa, como também em razão de que a autuante não devolveu os livros e documentos arrecadados na ação fiscal.

Alega que não foi possível confrontar os lançamentos por não terem sido apensadas as provas no Auto de Infração, visto que, quanto à primeira infração, a autuante glosou outros créditos, por ter sido usado indevidamente, fazendo a correção, apontando e impondo um recolhimento no valor de R\$ 10.992,77, porém, não acostou as notas fiscais comprovando o abuso ou uso indevido do crédito a mais e provas na escrituração do livro de Registro de Entradas, juntando as folhas com seus respectivos registros, dando clareza no levantamento. Diz que tais ausências geram embaraço e dificulta a revisão e averiguação nos documentos. Aduz ser uma infração inconsistente. Da mesma forma, em relação às demais infrações, alega a impossibilidade de verificar o lançamento se os documentos não se encontram em poder do autuado.

Por fim, requer que determine a autuante liberar todos os documentos que se encontram retido em seu poder e que reabra o prazo de defesa, juntando todas as provas que sustentam as infrações.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 190 e 191, a autuante, salienta que tentou entregar, pessoalmente, ao Sr. Cícero Florêncio da Costa, as vias do Auto de Infração juntamente com os papéis de trabalho, mas ele não se encontrava na empresa e somente no final da tarde, por telefone, combinaram de enviar as vias do Auto de Infração pelo Correios, conforme termo à fl. 172 dos autos, como também que a empresa iria pegar a documentação na repartição fiscal.

Afirma que foram anexados à cópia do Auto de Infração todos os demonstrativos e cópias dos documentos comprobatórios das infrações. Tece esclarecimentos acerca das infrações.

Por fim, pede a reabertura do prazo de defesa, pois somente em 22/07/2010 conseguiu entregar toda documentação ao autuado, assim como todos os papéis de trabalho, conforme recibo (fl. 193).

Cientificada da informação fiscal e do prazo de trinta dias para se pronunciar (fl. 194), o autuado apresenta novas razões de defesa, às fls. 197 a 203 dos autos, onde preliminarmente aduz que:

- Apresenta os elementos na escrituração do regime normal do Estado e a forma do LUCRO REAL do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, com apuração trimestral, com a manutenção da escrita na ordem dia, mês e ano.
- Sua contabilidade está dentro da legislação pertinente;
- Lavra a autuante infrações, exigindo impostos, cobrando tributos em duplicidades;
- “*Neste preâmbulo no que se defende a Autuada com razão e certeza da presunção ilegal no Auto de Infração, foi como levantou diferença de recolhimento no PARCIAL, no ICM'S e de cálculo nas DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS*”;

- “*Entra em vigor o Decreto em 2004, regulamentando e exigindo a diferença de ALÍQUOTA do ICM'S entre os Estados de origem e destino. Isto porque, a diferença da alíquota de 5% ou 10% é do faturamento na aquisição das mercadorias, até porque esta cobrança não encerra fase fiscal. Não se trata de CUSTO DE MERCADORIAS, que entra: fretes IPI, seguros e acessórios que deve ser incluídos nas vendas (saída), fato gerador de 17%, ai sim, porque se recolhe o saldo do ICM'S como fato gerador-consumidor final.*”

No mérito, quanto à primeira infração, o autuado diz que, após as devidas verificações, conseguiu as provas que desconstituem o débito no mês de fevereiro/2006, do que apresenta demonstrativo da conta-corrente, onde junta DAE recolhidos em duplicidade, que somados resultam o valor de R\$ 11.976,36, no que implica no saldo credor no mês de R\$ 1.253,59. Assim, entende insubstancial a infração.

Em relação à segunda infração, concorda que não houve o recolhimento das operações escrituradas nos livros fiscais em abril de 2006, no valor de R\$ 8.335,46.

No tocante à terceira infração, alega o autuado que, conforme o Decreto nº 8.969/2004, é evidente que a diferença da alíquota é sobre o faturamento e não na margem de custo de venda. Diz que nessa infração, conforme anexo 07 (fls. 30/37) está clara e evidente a imposição quanto à exigência do ICMS feito pelo total da nota fiscal, o que fere a legislação que tem um tratamento tributário do sistema do diferencial e do sistema de substituição tributária, pois no primeiro aplica-se o índice de 5% ou 10%, no segundo aplica a MVA – Margem de Valor Agregado, nesta incluída a margem do consumidor final.

Defende que “...a Autuante praticou os cálculos pelo total da Notas Fiscal, para a cobrança do ICMS parcial, incluindo IPI e FRETE, porém exigindo da Autuada a diferença, considerou, somente, o faturamento, exigindo como recolhimento a menor, como se vê na infração fls 30 a 37 do PAF.”

Aduz ainda que “Outrossim, também para cálculo da diferença, incluiu o frete e o IPI, mas para crédito da Autuada desprezou. Pergunta-se o ICMS do frete não é CRÉDITO? Porque não incluiu o ICMS do frete para abatimento do ICMS do parcial? ...”

Diz anexar informação sobre os valores recolhidos referentes aos ICMS Parcial em 2006 e 2007. Alega cobrança em duplicidade no exercício de 2007, pois além de cobrar o ICMS no total da nota fiscal, desprezou os recolhimentos feitos pelo autuado. Junta DAE, cujas notas fiscais constam no anexo 07 do PAF.

Por fim, requer que julgue improcedente o Auto de Infração ou que mande a autuante refazer os cálculos, excluindo o IPI; estornando o ICMS da infração 01, assim como excluindo os valores do ICMS parciais em duplicidade. Anexa documentos às fls. 204 a 607 dos autos.

Em nova informação fiscal, às fls. 611 a 617 dos autos, a autuante reconhece a alegação do contribuinte, quanto à primeira infração, de que no mês de janeiro de 2006 recolheu o ICMS normal a maior, do que refez o demonstrativo da conta-corrente referente ao mês de fevereiro de 2006, apurando o ICMS a recolher de R\$ 5.045,15.

No tocante à terceira infração, em relação à alegação da autuada de que nos cálculos da antecipação parcial foi aplicada MVA como se fosse cálculo do ICMS por antecipação total, a autuante aduz que isto não aconteceu e que os demonstrativos foram elaborados atendendo aos ditames do art. 352-A do RICMS/97. Ressalta que essa infração não se refere a ICMS de antecipação parcial e sim ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto devido, principalmente porque a autuada registrou, como outros créditos, imposto referente à antecipação parcial a mais do que o efetivamente recolhido, como também usou estornos de débitos sem comprovação, conforme demonstrativos às fls. 10/15.

Inerente à quarta infração, reitera que o cálculo do ICMS devido por antecipação parcial, recolhido a menos, somente considerou as mercadorias sob tributação normal e adquiridas para

comercialização, aplicando a alíquota para as operações internas e deduzindo o imposto destacado nos documentos fiscais, cujo valor apurado no final do mês foi confrontado com o ICMS recolhido a título de ICMS antecipação parcial, conforme fls. 56 a 80 dos autos.

Ressalta que, conforme previsto no art. 61, IX, do RICMS/BA, a base de cálculo da operação é o valor total da nota fiscal, ou seja, se o documento fiscal constar IPI e outras despesas acessórias cobradas pelo emitente e a custo do destinatário, tais valores compõem o valor total da nota fiscal, formando a base de cálculo.

Quanto à alegação da autuada de que não teve direito ao crédito dos fretes, diz que apenas apurou a antecipação parcial sobre as notas fiscais e não sobre CTRC.

Por fim, em relação à quinta infração, esclarece que o contribuinte utilizou a mais o crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial, conforme “Outros Créditos” no livro RAICMS, à fl. 27 do PAF, cujos recolhimentos efetivos da antecipação parcial encontram-se às fls. 14 a 26 dos autos. Contudo, pelo fato de o saldo final ser credor, não reclamou o crédito indevido, mas aplicou sobre este a multa de 60% do seu valor, conforme determina o art. 42, VII, “a”, da Lei nº. 7.014/96.

Diante do exposto, concluiu que apenas a infração 1 é passível de retificação, passando seu valor de R\$ 10.992,77 para R\$ 5.045,15, permanecendo inalteradas as demais infrações.

Intimada a tomar ciência da informação fiscal, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 621 a 624, na qual, em relação à primeira infração, aduz que a autuante entra em contradição no seu conta-corrente, por não ter somado o saldo credor do anexo 01, fls. 10 do PAF, no valor de R\$ 6.028,73, não transferiu do mês de janeiro para o mês de fevereiro, inventando um saldo devedor de R\$ 5.045,15, quando na verdade existe um saldo credor como demonstrado na defesa.

No tocante às infrações 3, 4 e 5, diz o autuado que na defesa juntou os DAE(s) da antecipação, onde foram cobrados indevidamente os impostos parciais. Anexou os extratos da SEFAZ provando os recolhimentos como descredenciados e parciais, nos Códigos nºs 2175 e 2183, cujos tributos foram pagos. Contudo, apesar de ter juntado as provas, mostrando a cobrança com excesso da exação, a autuante não considerou e não se convenceu dos erros crassos.

Diz juntar cópia dos anexos 01 e 07, onde estão relacionados os números das notas fiscais levantadas pela autuante, cobrando duas vezes o ICMS parcial, assim como os DAEs onde estão relacionados os números das notas fiscais dos anexos, com recolhimentos nas datas previstas, além dos extratos da SEFAZ, nos meses da infração, cujas provas foram relacionadas na defesa, porém não avaliadas pela autuante, do que requer a realização de diligência, realizada por estranho ao feito, para examinar a documentação, conforme acostada às fls. 625 a 666 dos autos.

À fl.669 dos autos, o processo foi encaminhado para que a autuante se pronunciasse sobre os documentos e alegações trazidas pelo contribuinte.

Às fls. 672 e 673 dos autos, a autuante aduz que, em relação à primeira infração, não há contradição, pois a conta corrente do contribuinte no mês de fevereiro fora reconstituída a partir da Apuração do ICMS do contribuinte registrada em livro, cuja cópia consta à fl. 83, conforme claramente explicitado na informação fiscal às fls. 611 a 613 dos autos.

Em relação à segunda infração, aduz a autuante que, em sua primeira impugnação sobre esta infração, à fl. 200, a autuada alega que nos demonstrativos usados para cálculos do ICMS devido por antecipação parcial, constantes das fls. 30 a 37 do PAF, foram considerados aplicação de MVA, como se fosse cálculo do ICMS devido por antecipação total. Já nessa sua segunda impugnação, a autuada alega que houve cobrança em duplicidade pela autuante. Salienta que isso não aconteceu, pois os demonstrativos foram elaborados atendendo os ditames da legislação, conforme art. 352-A do RICMS e os cálculos estão aritmeticamente corretos. Assim, concluiu ser esta infração devida e esclarecida na informação fiscal de fls. 611 a 617 dos autos, assim como as infrações 4 e 5 também estão claramente explicadas, do que ratifica a aludida informação fiscal, entendo desnecessária a realização de diligência fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir cinco infrações do sujeito passivo, no valor total de R\$ 67.511,23, tendo o sujeito passivo reconhecido à procedência da segunda infração e impugnado as demais irregularidades.

Inicialmente, deixo de acatar o pedido para realização de diligência por fiscal estranho ao feito, pois considero suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos.

Também, rejeito o pedido de nulidade sob alegação de cerceamento ao direito de defesa, visto que toda a documentação foi entregue ao autuado e reaberto o prazo de defesa, conforme comprovado às fls. 193/194, tendo o sujeito passivo, posteriormente, apresentado sua defesa, atacando a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, exercendo plenamente seu direito de defesa.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige o ICMS de R\$ 10.992,77, decorrente da reconstituição da conta corrente do ICMS no mês de fevereiro de 2006, consoante demonstrado à fl. 10 dos autos, a autuada alega que, em 09/02/2006, havia recolhido indevidamente o ICMS de R\$ 5.947,62, referente ao ICMS normal de janeiro/2006, consoante DAE à fl. 212, haja vista o recolhimento, em 09/02/2006, do DAE no valor de R\$ 6.028,74, referente ao ICMS normal de janeiro de 2006 (fl. 211). Assim, sustenta a impugnante que os valores recolhidos perfazem o montante de R\$ 11.976,36, o qual é superior ao valor exigido em fevereiro de 2006 de R\$ 10.992,77, no que implica no saldo credor no mês de R\$ 1.253,59, segundo a autuada.

Contudo, engana-se o apelante, pois o recolhimento indevido foi apenas de R\$ 5.947,62, uma vez que a quantia recolhida de R\$ 6.028,74 destinou-se ao pagamento do saldo devedor do ICMS no mês de janeiro/2006 (fl. 10), não devendo ser considerado como crédito no mês subsequente.

Sendo assim, do saldo devedor apurado no mês de fevereiro/2006, à fl. 10 dos autos, no montante de R\$ 10.992,77, deve-se abater o recolhimento indevido de R\$ 5.947,62, o que remanesce o ICMS a recolher de R\$ 5.045,15, para a infração 1, conforme foi demonstrado pela autuante à fls. 611/612 dos autos. Exigência parcialmente subsistente no valor de R\$ 5.045,15.

Inerente à segunda infração, por ter o contribuinte acatada a exigência, considero-a subsistente.

No tocante à terceira infração, a qual se refere ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto devido, por lançar a mais em “Outros Créditos” o imposto da antecipação parcial, bem como “Estornos de Débitos” sem comprovação, o autuado apresenta a sua impugnação com alegações relativas à quarta infração, inerentes à antecipação parcial. Assim, por não existir qualquer óbice aos fatos relacionados a esta exação fiscal, a considero subsistente.

Em relação à quarta infração, na qual se exige o ICMS antecipação parcial recolhido a menos, a autuada alega que o cálculo deve ser sobre o faturamento, descabendo a inclusão na base de cálculo do IPI e frete, como procedeu a autuante, como também deve compensar o crédito do ICMS sobre o frete, desprezado no levantamento fiscal. Alega, ainda, cobrança em duplicidade no exercício de 2007, pois além de cobrar o ICMS no total da nota fiscal, desprezou os recolhimentos feitos pelo autuado, do que junta DAE, cujas notas fiscais constam do levantamento fiscal.

Observo que, consoante previsto no art. 23, inciso III, da Lei nº 7.014/96, a base de cálculo para efeito da antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição. Portanto, o valor total da nota fiscal serve de base de cálculo da antecipação parcial do imposto, mediante a aplicação da alíquota interna, deduzido o valor do imposto *destacado no documento fiscal de aquisição*, cujos valores apurados foram deduzidos dos recolhidos, a título de antecipação parcial, exigindo-se a diferença, conforme procedeu a autuante, às fls. 30 a 55 dos autos. Assim, descabem as alegações defensivas, pois os valores constantes do total da nota fiscal fazem parte da base de cálculo e o crédito a ser deduzido é o imposto destacado no documento fiscal.

Quanto aos recolhimentos realizados pela autuada, a título de ICMS antecipação parcial, às fls. 625 a 640 dos autos, ao contrário do que alega à impugnante, foram todos considerados no levantamento fiscal, conforme demonstrativos às fls. 72 a 80 dos autos, a exemplo do DAE, no valor de R\$ 2.365,83, referente ao mês de janeiro de 2007, à fl. 626 dos autos, constante da relação de DAE(s) pagos, à fl. 72 dos autos, cujo montante recolhido no aludido mês (R\$ 7.614,97) foi deduzido do ICMS antecipação parcial apurado (R\$ 10.971,31), à fl. 40, resultando o valor a recolher de R\$ 3.356,34, lançado no Auto de Infração. Sendo assim, a quarta infração é subsistente.

Por fim, no que diz respeito à quinta infração, a qual exige o ICMS de R\$ 1.217,15, decorrente da utilização a mais do imposto recolhido a título de antecipação parcial, conforme demonstrado à fl. 27 dos autos, igualmente à terceira infração, o contribuinte não tece alegações de defesa, razão para considerá-la subsistente em vista das provas documentais constantes nos autos, a exemplo do cotejo das laudas às fls. 21 e 92, cujos números foram consolidados à fl. 21 do PAF. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 61.563,61, após redução do valor da infração 1 para R\$ 5.045,15.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0002/10-1**, lavrado contra **CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$61.563,61**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.335,43 e 60% sobre R\$53.228,18, previstas no art. 42, incisos I, “a”; II, alíneas “a”, “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA