

A. I. Nº - 299689.0204/08-2
AUTUADO - DOMINGOS JESUS DOS PRAZERES
AUTUANTE - ALBA MAGALHÃES DAVID KLINKSIEK
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET 17.08.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO DO ICMS (SimBahia). **b)** OPTANTE DO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES. Infrações não elididas. Retificação das multas. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2008, exige ICMS no valor de R\$ 77.188,03 em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). ICMS no valor de R\$1.515,00 e multa de 50%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$17.673,29 e multa de 50%. (ocorrência de fevereiro a junho de 2007)
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$57.999,74 e multa de 50%. (ocorrência de julho de 2007 a março de 2008)

O autuado ingressa com defesa, fls. 159 a 161, segundo o qual:

O fisco efetuou levantamento quantitativo de estoque com base em presunção arbitrária e unilateral, pois calçada em numerações de notas fiscais de empresas que, sequer ficou claro no Auto de Infração a relação comercial estabelecida entre a empresa que forneceu os dados e o autuado.

O suposto crédito, alegado pelo Fisco Estadual, não foi fruto de um levantamento fiscal lastreado na verificação real das operações de entrada e saída de mercadorias do estabelecimento, no período tomado como base para lavratura do Auto de Infração.

Alega que o ato fiscal realizou-se de forma equivocada, vez que os demonstrativos que ofereceram suporte ao Auto de Infração não possuem nenhuma validade jurídica.

Afirma que o fato gerador de ICMS ocorre na saída de mercadoria do estabelecimento e que somente nesta hipótese é que há que se falar em débito de ICMS.

Ressalta que, considerando a falta de comprovação material do ilícito fiscal, constante do Auto de Infração, a imprevalência do crédito tributário pretendido e a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através do qual o autuante quer receber tributos sem o fato gerador que justifique seu nascedouro, requer que seja oficiada a empresa informante para que envie cópias dos supostos faturamentos efetuados, em favor da empresa autuada, para que se possa observar a legitimidade de cada um deles e faça-se a devida defesa.

Requer ainda os comprovantes das supostas entregas de mercadorias feitas à empresa autuada pela empresa informante.

Requer que seja nulo ou insubsistente o Auto de Infração ora atacado, assim como sem efeito o imposto auferido, bem como a multa pretendida, pela inexistência da conduta imputada ao contribuinte, referente à sonegação do ICMS, em virtude de o contribuinte jamais ter firmado negócios de tais volumes com quaisquer empresas.

Requer ainda a baixa de seus registros por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco.

A autuante presta informação fiscal, fls.166 a 168, tecendo os seguintes comentários:

Esclarece que a constatação da infração não se deu através de levantamento quantitativo de estoque, que não é a única, senão uma das formas previstas pela legislação, para se detectar ilícito tributário, de modo que essa alegação não merece maiores comentários.

Afirma que o Auto de Infração está lastreado em documentos fiscais idôneos, emitidos por diversas empresas legalmente constituídas, inclusive conhecidas em todo os territórios nacionais, que mantêm relação comercial com o autuado e expressa, claramente, nos campos próprios das notas fiscais, cujas fotocópias fazem parte do processo.

Afirma ainda que o autuado conhece a veracidade das informações, entretanto não lhe é vedado vista ao processo, inclusive para fotocopiar as notas fiscais e os documentos que as encaminharam ao fisco baiano, que não deixam dúvida quanto às operações efetivamente realizadas entre os fornecedores e a empresa destinatária. Diz que os demonstrativos trazem todas as informações necessárias ao levantamento do crédito tributário, incluindo de onde se originam as informações levantadas nas planilhas, e do destinatário das mercadorias, com datas valores, reduções, alíquotas, crédito tributário, cujo entendimento está ao alcance de qualquer contribuinte do ICMS.

Ressalta que o que se cobra, no presente Auto de Infração, é a antecipação parcial do ICMS, que não decorre de levantamento físico de estoque, mas da aquisição de mercadorias de outras unidades federativas, cuja fundamentação fática se lastreia em documentos idôneos acostados ao Auto de Infração.

Aduz que no artigo 1º do RICMS encontramos como fato gerador do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias, não necessariamente a saída de mercadoria do estabelecimento como quer o autuado, embora o instituto da antecipação tributária pressuponha a antecipação da cobrança do imposto ao fato gerador quando este é à saída das mercadorias.

Expõe que o artigo 352-A, que trata, justamente, da antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, independentemente do regime de apuração adotado, é que está sendo aplicado a este caso. Portanto, afirma que há que se falar em débito de ICMS nas aquisições das mercadorias pelo autuado, acompanhadas das notas fiscais que compõem o presente processo.

Afirma não ser necessária a solicitação de documentos aos fornecedores, posto que a documentação necessária ao levantamento fiscal já foi enviada por essas empresas e fazem parte deste processo.

Requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal, mas não se manifestou.

A 5ª JF diligenciou o PAF à inspetoria de origem, fl. 174, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, para que o autuante providenciasse a obtenção, diretamente nos emitentes das notas fiscais, de outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias, tais como cópias dos pedidos, cópias dos canhotos, comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas.

Após o cumprimento da diligência, foi solicitado que o contribuinte tivesse reaberto seu prazo de defesa, 30 dias, e que lhe fosse entregue os novos documentos, bem como cópias das notas fiscais, objeto das infrações, mediante recibo.

De fato, foram juntados novos documentos ao PAF, fls. 176 a 237, mas o contribuinte não os recebeu, nem foi cumprida a diligência anterior, fl. 174, na íntegra.

Deste modo, na salvaguarda do contraditório e da ampla defesa, retornamos o PAF à inspetoria de origem para que fossem cumpridas as solicitações da diligência anterior.

Em atendimento ao solicitado, a Secretaria de Fazenda informa que foram enviados ofícios em setembro/2009, para as secretarias de fazenda das respectivas empresas fornecedoras, cujas cópias estão em anexo, tendo sido atendidas apenas o referente à empresa VITI Vinícola Cereser Ltda. Logo após o ofício acima, a autuante manifesta-se, e informa que a coordenação de cobrança enviou os ofícios diretamente para as empresas. Solicitou à coordenação o reenvio da 2ª via, de que dispunha, para os destinos corretos e sugeriu que se aguardasse em novo prazo, o recebimento dos documentos (fl. 176).

Novamente o PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, pois foram juntados novos documentos, dos quais o contribuinte não recebeu cópias, fls. 176 a 237, bem como que fosse entregue cópias dos documentos de fls. 25 a 105, mediante recibo, com a consequente reabertura do prazo de defesa, sendo cumprida a diligência conforme intimação de fl. 245 e AR, fl. 247, sendo intimado também por edital, conforme cópia de fl. 380.

Mais uma vez novos documentos foram juntados, e o processo retornou à inspetoria de origem, com vistas a cientificação do sujeito passivo e recebimento de cópias, fls. 249 a 376, sendo-lhe fornecido o prazo de 10 dias para que se manifestasse (AR fl. 385), mas não o fez.

Consta a ciência do autuante, na fl. 392 do PAF.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (decreto nº 7.629/99), denota clareza e contém informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, além do que está acompanhado dos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, e que fazem parte integrante do lançamento.

A infração 1 decorreu da falta de recolhimento no prazo regulamentar de ICMS, na condição de microempresa enquadrada no SimBahia. O sujeito passivo não contestou a infração, limitando-se a apresentar uma defesa genérica em que menciona que o autuante teria efetuado um levantamento quantitativo de estoques, o que não é o caso dos autos.

Deste modo, por não ter também comprovado o regular pagamento das parcelas que lhe estão sendo exigidas, nesta infração, fica mantida, conforme demonstrativo de fls. 18 a 24.

As infrações 2 e 3 exigem ICMS por falta de recolhimento da antecipação parcial, na condição de microempresa, (infração 2), e na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (Infração 3).

A infração 2 refere-se ao período de fevereiro a junho de 2007, e a infração 3 ao período de julho de 2007 a março de 2008.

A antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS ocorre 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.

Na presente lide foram apuradas entradas de mercadorias no estabelecimento, por meio de documentos fiscais idôneos, emitidos por diversas empresas legalmente constituídas, inclusive conhecidas em todo os territórios nacional, que mantêm relação comercial com o autuado, cujas fotocópias fazem parte do processo e que entregues ao sujeito passivo, por ocasião de diligência à inspetoria de origem.

Os Demonstrativos estão anexos e foram entregues ao contribuinte, tais como os de fls. 08 a 16, *“demonstrativo de cálculo do ICMS devido por antecipação parcial não recolhido”*. Verifico que foi aplicada a redução de 50%, prevista no § 4º do art. 352-A do RICMS, e aplicada à alíquota de 17% e de 27%.

O processo administrativo fiscal em lide foi diligenciado em mais de duas oportunidades, por esta 5ª JJF, visando instruí-lo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer, com plenitude, a ampla defesa e o contraditório, para que o autuante providenciasse a obtenção, diretamente nos emitentes das notas fiscais, de outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias, tais como cópias dos pedidos, cópias dos canhotos, comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas, no que foi atendido, diante das cópias de documentos enviados pelos fornecedores, e dos quais o sujeito passivo foi devidamente cientificado.

Portanto, o contribuinte foi regularmente intimado de todas as diligências efetuadas, com consequente entrega de cópias das comprovações das vendas, por parte dos fornecedores, inclusive por Edital, fl. 380, mas não se pronunciou em nenhum momento.

Diante acima exposto, aplico o disposto no art. 140 do RPAF/99: *“o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitindo como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*.

Contudo, cabe a retificação da multa aplicada, na infração 2, pois prevalece a tipificação contida no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pois o período autuado abrange de fevereiro a junho de 2007, e neste caso o percentual da multa é de 60%, *“quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas em Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipação de crédito fiscal”*.

Também na infração 3, a multa a ser aplicada é de 60% , prevista no art. II, “d” da Lei nº 7.014/96, cuja redação foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, como segue: *“quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”*.

Ressalto que compete a este CONSEF a aplicação das multas por infração à legislação tributária, sendo que a fiscalização apenas a sugere.

Em vista de todo o relatado e diante do fato de o contribuinte não ter trazido provas de que teria efetuado o pagamento do ICMS antecipação parcial, em data anterior à ação fiscal, voto pela procedência das infrações 2 e 3, pois as acusações encontram-se embasadas em documentos fiscais que foram destinados ao contribuinte, acompanhados das provas dos recebimentos por parte do estabelecimento autuado.

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 **299689.0204/08-2**, lavrado contra **DOMINGOS JESUS DOS PRAZERES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.188,03**, acrescido da multa de 50% sobre R\$1.515,00 e 60% sobre R\$75.673,03, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, alíneas “d” e “f”, 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

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR