

A. I. Nº - 295309.0051/10-5
AUTUADO - ANTÔNIA RIBEIRO BARRETO
AUTUANTE - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 27/03/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-03/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo 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 no prazo regulamentar. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2011, refere-se à exigência de R\$64.366,95 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime da substituição tributária, no mês de maio de 2010. Valor do débito: R\$1.137,03.

Infração 02: 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, enquadradas no regime da substituição tributária, nos meses de março a julho e de setembro a novembro de 2010. Valor do débito: R\$63.229,92.

O autuado apresentou impugnação às fls. 26 a 32 dos autos. Suscita nulidade do Auto de Infração, alegando que a autuação se restringe à informação produzida unilateralmente pela autuante e não se vislumbra a referência às cópias da documentação fiscal que embasa a autuação, fato que impossibilita a conferência dos valores apurados e a forma de apuração, ensejando cerceamento de defesa do contribuinte. Ressalta que se torna necessária uma real demonstração (de forma detalhada e clara) das atividades e procedimentos utilizados pelo Fisco estadual para chegar às conclusões de que são devidos os valores apurados, no intuito de tornar possível a defesa do contribuinte que é pessoa jurídica que atua no ramo atacadista de produtos alimentícios, higiene pessoal entre outros, não dispondo da habilidade e conhecimentos técnicos próprios dos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda. Diz que a autuação foi realizada pelo Fisco de modo a dificultar a comprovação e conferência dos métodos e formas de cálculo utilizados para chegar à conclusão de que o montante apurado é realmente devido. Entende que a ausência desses elementos impossibilitam a ampla defesa do autuado, configurando nulidade da autuação ante a carência de fundamentação e motivação fática. Transcreve o art. 18 do RPAF/BA, e afirma que as diversas decisões dos órgãos estaduais de controle de legalidade das autuações realizadas pelos prepostos da Secretaria da Fazenda, são no sentido de considerar nulos os Autos de Infração que carecem de cópias dos demonstrativos que discriminem detalhadamente os valores, e a forma de cálculo realizada pela autuante, no intuito de possibilitar a defesa do contribuinte. O defendente

afirma que os documentos que instruem o Auto de Infração revelam a pouca clareza da autuação, configurando profunda incerteza quanto aos valores imputados como devidos.

No mérito, o defendente alega que a chave para o deslinde da questão é o fato de que os recolhimentos do ICMS referente aos fatos que geraram a autuação foram efetuados na saída em data anterior à ciência do presente auto de infração, podendo, inclusive ser avocado o instituto da denúncia espontânea, prevista no art.138 do Código Tributário Nacional - CTN. Explica que o pagamento da antecipação tributária autorizada pela LC nº 87/96, art. 5º ao art. 10, se efetiva antes da ocorrência do fato gerador, enquanto que, no presente caso, a exigência do recolhimento da antecipação parcial do ICMS seria efetuado apenas após a ocorrência do fato gerador e após o pagamento total do ICMS devido no período, não havendo, portanto, como se falar aqui em antecipação. O defendente apresenta o entendimento de que houve somente o descumprimento de obrigação acessória, o que em regra gera apenas a aplicação de multa. Afirma que embora não tenha havido o recolhimento prévio, o ICMS devido foi efetivamente recolhido no momento da venda, pois se trata de uma "antecipação", não havendo suporte fático para a exigência do valor do ICMS, mas somente para a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Também salienta que a saída da mercadoria se deu no mesmo mês da entrada, e que foi antes do surgimento da obrigação secundária da antecipação parcial, razão pela qual, alega que o pagamento da obrigação principal ocorreu com o pagamento integral do ICMS na saída, e que isso afasta a possibilidade de ocorrência da hipótese de antecipação do ICMS. Por esta razão, argumenta que a cobrança do imposto por antecipação e não da aplicação da multa prevista na legislação, implica no enriquecimento ilícito do Estado. Assegura que os recolhimentos do ICMS normal foram efetuados em data anterior à ciência do presente auto de infração e, caso não seja o auto de infração julgado improcedente - pleitear a aplicação dos benefícios do instituto da denúncia espontânea, prevista no art.138 do CTN. Em seguida, o defendente alega que firmou, em 21.09.2006, Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para participar do benefício especial instituído pelo Decreto Estadual n. 7.799 de 09 de maio de 2000, e que o referido decreto estabelece base de cálculo reduzida no percentual de 41,176%. Assim, a consolidação dos valores no presente Auto de Infração se deu com aplicação da alíquota incidente na base de cálculo sem levar em conta a aplicação do benefício a que faz jus o contribuinte, qual seja a redução de 41,176%, em total dissonância com o disposto no Decreto Estadual n. 7.799/00. Registra que a aplicação da base de cálculo correta irá ocasionar redução nos valores imputados pelo Fisco como devido pela autuado a título de ICMS, multas e acréscimos legais. O defendente finaliza, apresentando os seguintes pedidos: a) seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração, alegando ausência de fundamentos jurídicos e legais que embasem a cobrança, acarretando o consequente cerceamento de defesa do contribuinte; b) a realização de diligência administrativa com o escopo de apurar e demonstrar que o valor cobrado no Auto de Infração foi totalmente pago na saída da mercadoria; c) caso ultrapassada a preliminar, seja o auto julgado improcedente, por insubsistência da autuação fiscal.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 36 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que em relação ao alegado cerceamento de defesa, constam no presente processo as cópias da documentação fiscal que embasa a autuação, bem como, todos os demonstrativos que discriminam detalhadamente os valores e a forma de cálculo do imposto exigido, inclusive com a assinatura do representante legal do contribuinte declarando ter recebido cópias das planilhas (fls. 05 a 22). Quanto à alegação do autuado de que não foi levada em consideração a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, diz que o art. 4º do mencionado decreto estabelece que a redução da base de cálculo prevista nos arts. 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, e no caso do autuado, trata-se de mercadorias que estão elencadas no art. 353 e anexo 88 do RICMS/BA.

À fl. 39 o presente processo foi convertido em diligência à Infaz de origem para que intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias das notas fiscais que lastream o presente lançamento, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo

de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Foi solicitado para constar na intimação relativa à reabertura do prazo de defesa, que o defendente deveria comprovar o recolhimento do imposto nas operações de saída posteriores, possibilitando a aplicação do disposto no § 1º do art. 42, da Lei 7.014/96.

Sendo comprovados os recolhimentos citados no item anterior, que o autuante prestasse nova informação fiscal acerca das alegações defensivas, apurando a multa, conforme previsto no § 1º do art. 42, da lei 7.014/96 e que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias dos novos demonstrativos, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

De acordo com o documento à fl. 42, o defendente recebeu cópias dos documentos fiscais constantes no presente PAF e o defendente foi intimado a apresentar nova impugnação, bem como, comprovar o recolhimento do ICMS nas saídas posteriores com as mercadorias objeto da autuação, conforme intimação à fl. 45 do PAF.

O defendente se manifestou à fl. 48, dizendo que já exerceu o seu direito de defesa quanto às imputações constantes no presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defendente alegou ausência de fundamentos jurídicos e legais que embasem a cobrança, acarretando o conseqüente cerceamento de defesa do contribuinte. Diz que se torna necessária uma real demonstração das atividades e procedimentos utilizados pelo Fisco estadual para chegar às conclusões de que são devidos os valores apurados, no intuito de tornar possível a defesa do contribuinte.

Não acato os argumentos defensivos, haja vista que a defesa foi apresentada a contento, trata dos fatos que ensejaram a autuação, e o representante do contribuinte tomou ciência da matéria em questão, recebeu cópia dos demonstrativos elaborados pela autuante, conforme recibos às fls. 02, 05 e 09 dos autos. Constatado que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando da base de cálculo, quando se referiu à redução prevista no Decreto 7.6799/00, se referindo ao levantamento fiscal.

O defendente também alegou que não se vislumbra a referência às cópias da documentação fiscal que embasa a autuação. Entretanto, nos demonstrativos elaborados pela autuante foram indicados os números dos documentos fiscais objeto da autuação, o CNPJ do fornecedor e as respectivas datas de emissão.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatado recolhimento efetuado a menos (infração 01) e a falta de recolhimento do imposto por antecipação (infração 02), na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativos às fls. 05 e 08/09 do PAF.

Observo que se trata de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e o autuado é responsável pelo recolhimento do imposto por antecipação, tendo sido feito o pagamento a menos, no caso da primeira infração, conforme cópia do DAE à fl. 07.

Quanto à infração 02, não foi apresentada qualquer comprovação de recolhimento do imposto, embora o defendente tenha alegado que os recolhimentos do ICMS referente aos fatos que geraram a autuação foram efetuados na saída, em data anterior à ciência do presente auto de infração.

O defendente também alegou que embora não tenha havido o recolhimento prévio, o ICMS devido foi efetivamente recolhido no momento da venda, pois se trata de uma "antecipação", não havendo suporte fático para a exigência do valor do ICMS, mas somente para a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto, apesar de intimado a comprovar o recolhimento do imposto nas operações de saída posteriores, possibilitando a aplicação do disposto no § 1º do art. 42, da lei 7.014/96, não foi apresentado pelo contribuinte qualquer documento neste sentido.

Trata-se de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos e não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante.

Em relação aos cálculos, o defendente alegou que a consolidação dos valores no presente Auto de Infração se deu com aplicação da alíquota incidente na base de cálculo sem levar em conta a aplicação do benefício a que faz jus o contribuinte, qual seja a redução de 41,176%, em total dissonância com o disposto no Decreto Estadual n. 7.799/00, transcrevendo nas razões de defesa o que estabelece o art. 1º do mencionado Decreto.

Quanto a esta alegação, concordo com o posicionamento da autuante de que, conforme estabelece o art. 4º do referido Decreto, o disposto no seu art. 1º, não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, que é o caso em exame. Portanto, não assiste razão ao defendente.

Concluo pela subsistência das infrações 01 e 02, com a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, conforme indicado no Auto de Infração, tendo em vista que, Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo 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 no prazo regulamentar.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **295309.0051/10-5**, lavrado contra **ANTÔNIA RIBEIRO BARRETO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$64.366,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA