

A. I. Nº - 279102.0007/11-5
AUTUADO - DFB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE FRIOS LTDA.
AUTUANTE - PÉRICLES ROCHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 06. 07. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-01/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Argumentos apresentados pelo sujeito passivo insuficientes para elidir a acusação fiscal. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. É devido o pagamento, a título de 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 de substituição tributária. Infrações subsistentes. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Mantida a multa, em conformidade com a prescrição contida no artigo 42, inciso XV, alínea "h", da Lei nº 7.014/96. Imputação não impugnada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato provado nos autos. Imputação não impugnada. 5. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Imputação não impugnada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2011, exige crédito tributário no valor total de R\$583.882,22, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o 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 e/ou exterior relacionadas no anexo 89, nos meses de maio e outubro a dezembro de 2010 e de janeiro a novembro de 2011. Foi lançado ICMS no valor de R\$534.388,12, acrescido de multa de 60%;
2. Recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses maio e junho, setembro e novembro de 2010 e março e abril de 2011. Foi lançado ICMS no valor de R\$36.444,10, mais multa de 60%;
3. Deixou recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo do próprio

estabelecimento. Foi lançado ICMS no valor de R\$11.670,00, mais multa de 60%;

4. Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS) do mês de setembro de 2011. Foi indicada multa no valor de R\$460,00;

5. Deixou de apresentar Documento Fiscal, quando regularmente intimado. Foi indicada multa no valor de R\$460,00. Consta que apesar de devidamente intimado, não apresentou a fiscalização nenhuma nota fiscal de entrada ou saída dos exercícios de 2010 e 2011, tampouco as referentes às entradas interestaduais de 2009;

6. Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Foi indicada multa no valor de R\$460,00. Consta que intimado a apresentar o livro Registro de Inventário, não o fez referente aos exercícios de 2009 e 2010.

Consta na “Descrição dos Fatos”: “Registrhou nas DMA valores contábeis ínfimos de entradas e saídas em relação à movimentação comercial efetiva. Apesar de comercializar vários produtos sujeitos à tributação normal, inclusive recolhendo antecipação parcial, apresentou a quase totalidade das DMA sem nenhum crédito por entrada nem débito por saídas. Não apresentou à Fiscalização nenhuma nota fiscal interestadual, não obstante ter sido regularmente intimado. Assim, as quantidades, valores e espécies de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação foram revelados através de notas fiscais eletrônicas armazenadas em banco de dados da SEFAZ, destinadas ao contribuinte. Segue em anexo, constituindo parte integrante deste Auto de Infração, mídia CD-R, da qual foi fornecida cópia ao contribuinte, contendo os demonstrativos das antecipações tributárias total e parcial e do diferencial de alíquotas. Os demonstrativos contêm a chave do acesso de cada uma das notas fiscais eletrônicas relacionadas, o que permite a consulta completa ao seu conteúdo através do site da SEFAZ/BA –www.sefaz.ba.gov.br, link NF-e, consulta, chave de acesso. Em data e hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apuradas as seguintes irregularidades.”.

Constam também dos autos os seguintes documentos: Demonstrativo das infrações 01, 02 e 03, arquivo gravado em CD-R, fl. 07, Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 08, Recibo de Documentos e Devolução, fl. 09, DMA de 05/2009 a 10/2011, fls. 12 a 69, Relação de DAE de 2009 a 2011, fls. 73 a 75, Cópias de DAE, fls. 76 a 94, Cópias do LRAICMS, fls. 95 a 157 e Cópias do LRE, fls. 152 a 156.

O autuado apresentou defesa, fls. 162 a 172, por meio de advogados legalmente constituídos, na qual, inicialmente, aborda sucintamente acerca dos fatos, da tempestividade, depois alinha as argumentações a seguir enunciadas.

Revela que a ausência de coerência entre os preceitos legais que embasaram a autuação e a descrição fática da acusação fiscal afigura-se lídimo cerceamento de defesa, e por se constituir óbice intransponível, não deve prosperar, uma vez que lhe falta clareza e precisão, ao apontar infrações a dispositivos legais desconexos com os fatos narrados e a penalidade aplicada.

Transcreve trecho de informação contida na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração com o propósito de aduzir que a acusação fiscal não é clara quanto ao que se pretende tributar, resumindo-se tão somente a declarar que foi recolhido a menor o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição sem descrever claramente o porquê, se recolheu a menor, não demonstrando, por exemplo, qual a espécie de mercadoria a ser tributada, e consequentemente, sua alíquota da antecipação, para que assim se comprove o suposto recolhimento a menos.

Afirma que é nula, de pleno direito, denúncia de ilícito tributário que não descreve, com a necessária clareza, atos ou fatos irregulares que motivaram o autuante a proceder a lavratura de processo administrativo-tributário de ofício, configurando óbice intransponível a macular tal procedimento fiscal de nulidade, pois se afigura como nítido obstáculo ao contraditório e a ampla defesa, princípios basilares da Constituição da República que se refletem no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Reproduz ementas de decisões emanadas de Tribunais Administrativos, na tentativa de subsidiar seu argumento de que a imputação fiscal é vaga e imprecisa, por não fixar qual o tipo de mercadoria adquirida, para que assim se comprove que houve recolhimento de ICMS a menos, haja vista, haver distinção de alíquotas para variados tipos de mercadorias adquiridas pela empresa autuada. Acrescenta que dos fatos nada se deflui quanto à infração e nem a penalidade aplicada, faltando-lhe a devida clareza à balda de nulidade.

Ressalta que o autuante afronta não só ao princípio da ampla defesa e do contraditório, como também o da legalidade, fixando arbitrariamente valores aleatórios às operações fiscais, ao arrepio da legislação tributária, tendo em vista que a base de cálculo e a alíquota representam os caracteres quantitativos – *quantum debeatur* – da exação fiscal, não se configurando simplesmente um *quantum debeatur* do tributo, pois mantém relação direta com a própria natureza intrínseca da exação fiscal.

Assevera a relevância em se conhecer a verdadeira amplitude da base de cálculo, por ser de envergadura constitucional, uma vez que o binômio, base de cálculo e hipótese de incidência, é o elemento de verificabilidade da consistência da própria espécie tributária. Acrescenta que esse tema é manso e pacífico na doutrina e jurisprudência dos tribunais.

Ao tratar do mérito, afirma ser uma empresa séria e conceituada no seguimento de atividade em que atua, contribuindo significativamente para o desenvolvimento social do Estado da Bahia. Recolhe todos os seus impostos e gera emprego na região sertaneja. Arremata asseverando que não há e nunca houve a intenção de burlar o fisco.

Ressalta que mais um princípio constitucional foi desrespeitado, uma vez que foi desconsiderado, no levantamento do crédito tributário, o princípio da não cumulatividade prevista no art. 155, §2º, da CF/88, que reproduz, por quanto não foram deduzidos, do valor apurado, os créditos destacados nas notas fiscais, conforme se infere da planilha acostada ao Auto de Infração. Acrescenta que a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores é condição necessária à constituição do crédito tributário, quer seja mediante lançamento de ofício ou não. Destaca que a Constituição Federal não impõe condição à sua fruição e a legislação estadual também caminha nessa esteira.

Por fim, observa que, de fato, o direito de compensar o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores independe de condição, devendo ser observado tanto pelo contribuinte, quanto pelo fisco.

Assevera que a multa aplicada de 60% não deve prevalecer por afigurar-se confiscatória, aduzindo que o STF já teve a oportunidade de se manifestar a respeito do não-confisco, na ADI 551/RJ, cuja relatoria é da lavra do Ministro Ilmar Galvão, reconhecendo-se o caráter confiscatório de multa pelo não recolhimento de impostos e taxas. Observa que, apesar do inciso IV do art. 150 da CF, mencionar a vedação de instituir tributo com o efeito de confisco, diz que o princípio também é aplicável às multas tributárias.

Depois de asseverar que sua pretensão encontra lastro nos princípios constitucionais, e nas Leis mencionadas, conclui e requerendo:

- a) o acatamento das preliminares e que o Auto de Infração seja declarado nulo;
- b) que seja julgado improcedente pelos motivos de fato e de direito demonstrados, caso sejam desconsideradas as preliminares;
- c) a intimação antecipada do julgamento do Auto de Infração, requerendo de pronto o direito de fazer sustentação oral.

Na informação fiscal, fls. 188 e 190, inicialmente, o autuante faz uma breve síntese da acusação fiscal e, em seguida, enuncia as seguintes ponderações.

Inicialmente destaca que o Auto de Infração é composto de seis infrações e que os patronos do ACÓ JJF N° 0153-01/12

autuado demonstraram não terem lido completamente os autos que contestam, pois sequer leram totalmente a imputação, e que se assim o fizessem, veriam ao seu final a identificação do servidor, sua assinatura e o respectivo cargo colocado no devido gênero do substantivo e não o trataria de “auditora”.

Afirma que a defesa faz referência à infração nº 01, alegando cerceamento de defesa, pois a descrição da infração não seria “clara quanto ao que se pretende tributar”, fl. 164, que deveria ser informado porque o contribuinte recolheu imposto a menor e que não teria sido demonstrada qual mercadoria foi tributada, nem sua alíquota.

Observa que a alegação defensiva de que desconhece quais mercadorias foram tributadas só pode ter ocorrido se não foi verificado pelos patronos o conteúdo do demonstrativo que instrui a infração, uma vez que nele consta a descrição expressa dos itens contidos em cada uma das notas fiscais relacionadas, suas quantidades, valores, base de cálculo, alíquota, MVA, etc. Acrescenta ainda que o demonstrativo apresenta também o somatório mensal da antecipação tributária apurada, os valores pagos e abatidos, e a diferença entre eles, que representa o imposto recolhido a menos.

Assevera que a legislação e jurisprudência citadas são inaplicáveis ao caso concreto pelo singelo fato de que aqui não há causa para as nulidades suscitadas.

No tocante a alegação de falta de certeza e liquidez do crédito tributário e de que ocorreu afronta aos princípios da ampla defesa e da legalidade, fl. 168, pois teriam sido fixados, arbitrariamente, valores aleatórios às operações fiscais, afirma que os valores das mercadorias inseridos no demonstrativo são os que constam nas notas fiscais adquiridas em outras unidades federativas pela autuada, acrescentados da respectiva margem de valor agregado - MVA.

Destaca que no que concerne a preliminares, os patronos silenciam quanto às demais cinco infrações.

Em relação ao mérito, destaca que as alegações de que houve “ilegalidades” e “arbitrariedades” no lançamento do Fisco; que o Princípio da não-cumulatividade foi desconsiderado “porquanto não diminuiu no valor apurado os créditos destacados nas notas fiscais, conforme se infere da planilha acostada ao Auto de Infração”, demonstram que, realmente os patronos, sequer verificaram os demonstrativos nos quais se fundamentaram as exigências fiscais, uma vez que as planilhas nas quais foram elaboradas os demonstrativos de antecipação tributária total e parcial nas suas colunas “T”, revelam exatamente o “crédito da NF”, ou seja, representam os valores destacados no documento de aquisição das mercadorias e que foram deduzidos do imposto apurado. Arremata, asseverando que o cálculo do ICMS devido está minuciosamente detalhado, não havendo a mínima dificuldade de entendimento.

Em relação ao questionamento acerca da confiscatoriedade do percentual de 60% da multa indicada, ressalta o fato de que sendo o lançamento tributário procedimento totalmente vinculado, não é concedido ao autuante o talante de escolher o percentual de multa a ser aplicado ao caso concreto.

Frisa que da análise da sua peça processual, verifica-se que somente foram levantadas questões formais, não tendo sido enfrentadas tecnicamente o mérito das infrações, merecendo destaque o fato de que quase todas não mereceram uma só linha da atenção na defesa apresentada.

Por fim, observa que a impugnação deixa transparecer um viés apenas protelatório do cumprimento das exigências fiscais devidas pela autuada e, sendo assim, reafirma a ação fiscal.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, refuto todas as nulidades suscitadas pelo impugnante, depois de constatar a inexistência nos autos de qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, as infrações foram descritas de forma clara e precisa, além do ACÓ JJF N° 0153-01/12

enquadramento legal e a indicação da multa, a apuração das irregularidades está embasada em demonstrativos, cujos dados foram extraídos de livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo, fls. 09 a 156, e as notas fiscais de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação foram obtidas, conforme consta na “Descrição dos Fatos” e não contestadas pelo autuado, através do “link NF-e - consulta” de livre acesso no sítio da SEFAZ – www.sefaz.ba.gov.br, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator.

Ademais, observo que nos autos não resta qualquer dúvida de que o autuado recebera cópia do Auto de Infração e do demonstrativo de débito, tanto é assim, que anexou cópia em sua peça de defesa, fls. 181 a 185. Verifico que no campo do Auto de Infração “Descrição dos Fatos” consta expressamente que fora entregue ao autuado mídia CD-R, parte integrante do Auto de Infração, onde constam os demonstrativos das imputações relativas às antecipações tributárias, total e parcial e do diferencial de alíquotas. Consta também no AR, fl. 159, indicação expressa de que fora entregue a mídia CD-R contendo os demonstrativos de apuração das imputações.

Ressalto ainda que à fl. 07, encontra colacionada cópia do CD-R contendo todos os demonstrativos os quais discriminam individualizadamente todos os elementos (nota fiscal, mercadoria, valor, crédito destacado na nota fiscal, MVA, alíquota, base de cálculo e imposto devido) que deram origem aos débitos, por período de apuração, exigidos em cada uma das infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração.

Portanto, é indubioso que ao sujeito passivo foram entregue todos os elementos constitutivos da acusação fiscal que resultou na exigência fiscal objeto do Auto de Infração, ora em lide. Desse modo, resta evidenciada nos autos a total disponibilização dos meios necessários e indispensáveis ao pleno exercício da ampla defesa pelo sujeito passivo.

Por isso, considero afastadas as nulidades sucitadas, por restar evidenciado nos autos o atendimento das formalidades legais e a inexistência de quaisquer das hipóteses na legislação, inclusive nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, que pudesse inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

Assim, passo a enfrentar as questões atinentes ao mérito das seis infrações que compõem o Auto de Infração.

As infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, do recolhimento a menos do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e por antecipação parcial, adquiridas para fins de comercialização. A infração 03 cuida do recolhimento a menos do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. As infrações 04, 05 e 06 cuidam de descumprimento de obrigações acessórias, respectivamente, pela falta de apresentação da DMA de setembro de 2011, das notas fiscais de entradas e de saídas de 2009, 2011 e 2012, e do livro Registro de inventário.

Em sede de defesa o impugnante, no que diz respeito ao mérito, tão-somente, aduziu que o autuante desconsiderou no levantamento do crédito tributário o princípio da não-acumulatividade, porquanto não diminuiu do valor apurado, os créditos nas notas fiscais. Entretanto, tal assertiva não condiz com a realidade dos fatos, tendo em vista que os demonstrativos constantes nas planilhas do CD-R, que apuram o débito exigido, discriminam expressamente a dedução dos créditos destacados nas notas fiscais ao apurar o valor do imposto devido. Portanto, a alegação do autuado não merece prosperar, ante a inexistência de causa motivadora.

Assim, depois de examinar os elementos que embasaram a constituição das seis infrações, objeto do Auto de Infração, constato que se afiguram devidamente caracterizadas, devendo, todas elas serem mantidas.

Com relação ao argumento defensivo de que o percentual da multa é confiscatória, observo que as mesmas estão previstas art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de que não deve prevalecer, ou seja, a exclusão, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal,

competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Quanto ao requerimento dos patronos para intimação fazer sustentação oral no julgamento, ressalto que a sustentação oral está prevista no art. 163 do RPAF-BA/99 e no inciso III do art. 64 do Regimento Interno do CONSEF, e para participar, o representante do contribuinte basta comparecer ao julgamento, cujos dados sobre a data, o horário e o local são publicados no Diário Oficial do Estado com antecedência de três dias uteis da data da sessão.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279102.0007/11-5**, lavrado contra **DFB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE FRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$582.502,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de **R\$1.380,00**, previstas nos incisos XV, “h”, e XX, todos do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR