

A. I. Nº - 152629.0001/12-0
AUTUADO - G. O. RIBEIRO UTILIDADES
AUTUANTE - ALÍCIO BORGES DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 21.12.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0288-02/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A, e a substituição tributária no artigo 371, do RICMS/97, sendo devida nos termos do artigo 386 do citado Regulamento. O lançamento foi impugnado com base na alegação de que as cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT não servem como elemento de prova. Não foi acolhido o argumento defensivo em face à jurisprudência do CONSEF sobre esta matéria. Infrações caracterizadas. Rejeitado o pedido de nulidade do lançamento tributário, e negado o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/02/2012, reclama o valor de R\$17.564,85, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$16.506,63, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de julho de 2007 a setembro de 2009, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 09 a 189.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$ 1.058,22, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de outubro de 2007, fevereiro, junho, outubro de 2008, abril e setembro de 2009, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.190 a 193.

O autuado, através de seu representante legal, apresenta defesa tempestiva (fls.200 a 203), onde arguiu a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, com fulcro no artigo 18, inciso I, do RPAF/99, com base na preliminar de que, quando o autuante se dirigiu a empresa para intimar a apresentação de livros e documentos fiscais, ocorreu que no momento da ciência da intimação, quem se apresentou foi uma pessoa estranha aos fatos, que indevidamente assinou o termo fiscalizatório, e o engavetou. Por esse motivo, diz que ficou prejudicado, pois não teve tempo suficiente para juntar os documentos e comprovantes solicitados pelo autuante no prazo estipulado.

Por conta disso, argüiu que não teve tempo de pesquisar se realmente adquiriu as mercadorias espelhadas no CFAMT, listadas no Auto de Infração, e apresentar os comprovantes de recolhimentos em poder dos estabelecimentos fornecedores, o que diz será apresentado oportunamente.

No mérito, alega que não adquiriu e portanto, que não recebeu as mercadorias listadas nos arquivos do CFAMT, não constatadas na escrita fiscal e contábil pelo preposto fiscal.

Destaca que o autuante, diz que as notas foram encontradas por meio de levantamento do seu sistema eletrônico, porém, sem anexar as provas reais que os documentos fiscais foram destinados para o seu estabelecimento, por entender que não foi apresentado comprovante de pedido, notas fiscais, conhecimentos de fretes e carretos.

Informa que no seu livro Registro de Entradas de mercadorias não ocorreram as entradas das mercadorias constantes no CFAMT, e que comprou, recebeu e lançou apenas as notas fiscais contabilizadas na sua escrita fiscal conforme listagem eletrônica (CD anexo, fl.208) apresentado como contra prova.

Salienta que é de praxe a prática efetiva de ações eletrônicas praticadas por pessoas inescrupulosas e desonestas que se utilizam de cadastro de pessoas físicas e jurídicas impingindo-lhes responsabilidades ilegais.

Concluindo, considerou o auto de infração imprestável à finalidade a que se destina, por abrigar vícios substanciais que o inquinam de nulidade, consistentes na omissão e na inobservância de formalidade essenciais à existência do ato administrativo, e se ultrapassada tal preliminar, no mérito pugna pela improcedência da autuação.

Requer o deferimento de todos os meios de provas admitidas em DIREITO, para corroborar o alegado e serem produzidas durante a instrução, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova, perícia técnica – contábil.

O autuante presta sua informação fiscal, fls.209 a 211, esclarece que o autuado quando regularmente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais para fiscalização, não apresentou diversas notas fiscais de compras de mercadorias para comercialização realizadas em outras unidades da Federação, deixando de recolher ICMS devido por Antecipação Parcial e Total, conforme planilhas de fls. 09 a 12, 61 e 62, 64 a 68, 140 e 141, 146 a 149, e 3.^a vias das notas fiscais requisitadas do CFAMT, no período de 01/07/2007 a 31/12/2009.

Considerando que o autuado alegou que não adquiriu e não recebeu as mercadorias listadas nos arquivos do CFAMT, e ficou impossibilitado de se defender das infrações, por não terem sido anexadas provas reais que os documentos fiscais foram destinados para o seu estabelecimento, e sem a apresentação de comprovante de pedidos, notas fiscais, e conhecimentos, conforme despacho de diligência à fl.214, a pedido do órgão julgador, o processo foi baixado em diligência para reabertura do prazo de defesa e para a entrega dos levantamentos e documentos constantes às fls. 09 a 193.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.216 a 217, foi cumprida a solicitação do órgão julgador, sendo entregues cópias ao autuado, o qual, se manifestou às fls.220 a 221, argüindo que regularmente cientificado sobre o lançamento, laborou a petição defensiva, na qual alega que a acusação de infringência a legislação tributária estadual peca da forma mais flagrante pela ausência de provas em favor da lavratura do Auto de Infração, porquanto o supedâneo da acusação assenta-se em simples listagem das NFs. constantes no CFAMT elaborada pelo próprio fiscal autuante, sem qualquer outra prova material que lhe desse suporte legal para afirmar que as mercadorias foram adquiridas pelo seu estabelecimento.

Aduz ainda que as listagens das referidas Notas Fiscais do CFAMT não tem qualquer suporte de apoio legal para provar que as mesmas ali relacionadas foram efetivamente adquiridas pela empresa litigante mesmo porque nenhum documento comprobatório como: conhecimento de frete,

frete, recibos de pagamento ou títulos, mediante a qual se possa vincular com a empresa autuada.

Assevera que com fundamento no princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, protesta pela realização de diligência nos termos do que preceitua o art. 704 do RICMS/97, a ser realizada junto à Coordenadoria de Informações Econômico-Fiscais – CIEF, no sentido de que aquele órgão fazendário apresente as 3ª vias das notas fiscais, substrato do auto de infração, como prova irrefutável de que as mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento, e realmente alcançaram o destinatário, haja vista estar convicto de sua não participação nas operações comerciais denunciadas na inicial, o que de logo requer.

Conclui pedindo a nulidade ou improcedência do feito fiscal.

O autuante presta informação fiscal, fls.225 a 227, onde destaca que a defesa do autuado se apresenta de forma confusa, vaga e contraditória, e se reporta a diplomas legais inexistentes na legislação do ICMS do Estado da Bahia, a exemplo de um invocado Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais (Decreto 24.133, de 26/05/2003). Frisa que o referido diploma legal não faz parte do acervo de normas legais pertinentes à legislação tributária do ICMS do Estado da Bahia, o que demonstra que o único desiderato do autuado é confundir, em vez de esclarecer.

Sustenta que não procede o argumento de que no processo não há conhecimentos de frete, recibos de pagamentos ou títulos, o que constituiria prova material para afirmar que as mercadorias foram adquiridas, e diz que para comprovar de forma irrefutável que o autuado recebeu as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais registradas no CFAMT, carreu ao processo diversos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas fornecidos pela transportadora DANI – TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS LTDA. (docs. de fls. 230 a 252, 257 a 286, 290 a 299).

Salienta que reiteradas vezes, determinadas empresas negam a aquisição de mercadorias acobertadas por notas fiscais registradas no CFAMT. Frisa que se é que interpostas empresas adquiriram mercadorias utilizando-se dos dados cadastrais do Autuado, o fato constitui crime, e a mesma, de posse das cópias das notas fiscais e dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas constantes do processo e que lhe foram fornecidas, deveria registrar queixa policial e consequente instauração do competente inquérito policial para apuração dos fatos. Assim, diz que se não o faz é porque assume que efetuou as compras que ora lhe são imputadas.

Chama a atenção de que ao autuado já foram fornecidas cópias das notas fiscais objeto do processo, mas, ainda assim, invoca equivocadamente o art. 704 do RICMS/97 para protestar pela realização de diligência para apresentação das vias das mesmas notas fiscais.

Assevera que as 3ª vias das notas fiscais, juntamente com as cópias dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas carreados ao processo, comprovam que o autuado comprou das empresas que são suas usuais fornecedoras.

Esclarece ainda que a ação fiscal foi realizada com amparo legal e de forma transparente, e o auto de infração, juntamente com os demonstrativos, cópias das notas fiscais e conhecimentos de transporte que o integram, contém todos os elementos necessários à perfeita compreensão da ação fiscal.

Observa que face à juntada de novos documentos (docs. fls. 227 a 299), devolve o presente processo à Coordenação de Cobrança para, em atendimento ao disposto no § 7.º, do art. 127, c/c o § 1.º do art. 18, do RPAF, seja o autuado intimado para no prazo de 10 (dez) dias se manifestar, querendo, sobre os conhecimentos de transporte rodoviário de cargas juntados ao processo, cujas cópias devem lhe ser fornecidas no ato da intimação.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

Conforme intimação, fl. 301, devidamente assinada pelo sujeito passivo, o mesmo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.225 a 300, sendo-lhe entregues cópias, porém no prazo estipulado não houve manifestação do autuado.

VOTO

Analisando a arguição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, uma vez que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, sob a alegação de que não teve tempo de pesquisar se realmente havia adquirido as mercadorias espelhadas no CFAMT, observo que tal argumento não pode ser acolhido, pois, foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e entregues todos os levantamentos e documentos que instruem a ação fiscal, fls. 216 a 217, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa e contraditório.

Portanto, a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, em ambos os itens estão claramente especificadas as infrações na descrição dos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxeram os autuantes, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente os demonstrativos e cópias das notas fiscais, fls.09 a 193, entregues ao autuado. Se de fato, conforme alegado, não é devida a exigência fiscal, e falta de provas do cometimento das infrações, estas serão apreciadas por ocasião do mérito.

Por essas razões, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF.

Quanto a diligência requerida na peça defensiva, com fulcro no art. 147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalcular o débito, se necessário.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação dos dois itens contemplados no autuado de infração, diz respeito a falta de recolhimento de ICMS por antecipação parcial e total, na condição de empresa optante do Regime do Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

De acordo com as peças processuais, constato que o crédito tributário em questão, é oriundo de diversas notas fiscais de compras interestaduais para comercialização efetuadas pelo estabelecimento autuado e requisitadas no CFAMT, vez que, segundo o autuante, o autuado se omitiu em apresentá-las ao Fisco, apesar de regularmente intimado para apresentação de livros e documentos, deixando, assim, de recolher ICMS devido por Antecipação Parcial e Substituição Tributária, conforme planilhas de fls. 09 a 12, 61 e 62, 64 a 68, 140 e 141, 146 a 149, constantes do presente processo, relativas ao período de 01/07/2007 a 31/12/2009.

O item 01 está fundamentado no artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/Ba por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, que têm as seguintes redações:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS 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.

No caso do item 02, verifico que o autuante atribuiu ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária, com fulcro art. 371 do RICMS/BA, por ele citado, relativa às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, ou seja, considerando que os aludidos produtos, alvo da presente imputação, encontram-se enquadrados no regime de substituição tributária interna. Esse fato está evidenciado no levantamento fiscal, no qual o autuante aplicou o MVA para apurar a base de cálculo da substituição tributária e apurar o imposto devido.

Fundamenta o autuante a presente exigência, também, no art. 386, I do RICMS/BA, para consignar que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em momento algum de sua defesa o autuado negou sua obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial e por substituição tributária, se insurgindo apenas de que não adquiriu as mercadorias constantes nas cópias das notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT da Secretaria da Fazenda, bem assim, que estas sem os conhecimentos de transporte não servem para comprovar a aquisição das mercadorias.

A jurisprudência deste Conselho de Fazenda em diversos julgamentos considera, por si só, como elemento de prova da aquisição das mercadorias a cópia da nota fiscal coletada no posto fiscal.

No caso em comento, além das cópias das notas fiscais constantes na inicial que constam todos os dados cadastrais do autuado coletadas nos postos fiscais, o autuante trouxe, na informação fiscal às fls.225 a 227, a comprovação de conhecimentos de transportes e a demonstração analítica do cálculo do débito de cada documento fiscal.

Considerando que o sujeito passivo foi, mediante intimação, fl. 301, cientificado dos novos elementos de provas acostados aos autos, tendo recebido cópias, e não mais se manifestou, deve ser aplicado o disposto no artigo 140, do RPAF/99.

Nestas circunstâncias, restando caracterizadas as infrações através de devidas provas, e não tendo o sujeito passivo apresentado provas em sentido contrário, considero subsistentes as infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152629.0001/12-0**, lavrado contra **G. O. RIBEIRO UTILIDADES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.564,85**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR