

PROCESSO	- A. I. N° 232879.0013/10-0
RECORRENTE	- RHEDE TRANSFORMADORES E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA. (RHEDE RECICLAR)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 <sup>a</sup> JJF n° 0093-03/12
ORIGEM	- INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET	- 11.03.2013

### 3<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0072-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. Fato demonstrado nos autos. Ultrapassada a preliminar suscitada. Mantido o lançamento. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 232879.0013/10-0, lavrado em 29/6/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$316.462,82, acrescido da multa de 60%, em razão de duas irregularidades, das quais apenas a imputação 1 é o objeto tanto da impugnação originária, quanto do Recurso:

Infração 1. Falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação parcial, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. ICMS no valor de R\$309.769,07.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 40 a 46, o autuante prestou informação fiscal à fl. 102 sustentando as imputações.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão n° 0093-03/12. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

#### VOTO

*Foi impugnado apenas o 1º lançamento. Consta que foi providenciado o pagamento do 2º lançamento.*

*O autuado, em meio a questões de natureza preliminar, suscita uma questão de mérito, e levanta uma questão preliminar no bojo das considerações de mérito.*

*A alegação de que o imposto já teria sido pago pela sistemática normal de apuração, mediante o regime de débito e crédito, é matéria de mérito. Caso fosse provado que, apesar de não ter sido feita a antecipação parcial, o imposto tivesse sido pago na operação ou operações de saída posteriores, conforme alega a defesa, seria o caso de se aplicar a regra do § 1º do art. 42 da Lei n° 7.014/96, que autoriza a dispensa do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do referido artigo. Porém para isso é preciso haver prova inequívoca de que o imposto de relativo a todas as mercadorias foi pago na saída. Os elementos apresentados pelo contribuinte provam apenas que houve pagamento de imposto nas saídas de mercadorias, mas não provam que foi pago todo o imposto relativo a todas as mercadorias que ingressaram no estabelecimento.*

*O fiscal autuante deveria ter se manifestado a esse respeito na informação prestada, em respeito ao mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação. A fundamentação envolve não somente o direito, mas também os fatos e as provas.*

*De qualquer forma, o contribuinte não fez prova do preenchimento do requisito para dispensa do imposto, na forma do § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, c/c a alínea “d” do inciso II.*

*Outra questão levantada pela defesa, esta, sim, de natureza nitidamente preliminar, embora suscitada como questão de mérito, diz respeito à clareza da imputação fiscal. O autuado, baseado no art. 352-A do RICMS, reclama que o agente fiscal se equivocou no cálculo do imposto, porque, em vez de cobrar apenas a antecipação parcial, cobrou o imposto em sua integralidade. Reclama que o agente fiscal se equivocou ao aplicar a alíquota de 17%, não deduzindo do cálculo o imposto pago pela alíquota interestadual, e em virtude disso está sendo cobrada, a título de antecipação parcial, a integralidade do ICMS.*

*Ao prestar a informação o fiscal nada disse quanto ao erro alegado, em desatenção ao mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, e, em vez de rebater o que a defesa alegou, anexou à informação cópias de documentos que deveriam ter sido anexados aos autos desde o início.*

*Analizando o Auto de Infração, noto que de certo modo o contribuinte tem razão no tocante à demonstração da forma como foi calculado o imposto, em desatenção ao preceito do RPAF – art. 39, IV, “c”. De acordo com a alínea “c” do inciso IV do art. 39, o Auto de Infração deve conter a alíquota do imposto, quando o cálculo decorrer diretamente de uma alíquota específica na determinação do valor a ser lançado, porém, em casos em que o valor a ser lançado não decorre diretamente de uma alíquota específica, como neste caso, deve ser indicado o percentual correspondente ao cálculo. No cálculo da antecipação parcial, o imposto lançado no Auto não decorre de uma “alíquota”, mas sim do resultado de uma operação de débito (calculado pela alíquota interna) menos o crédito (calculado pela alíquota interestadual), de modo que a parcela resultante não corresponde a uma alíquota, e sim a um percentual representativo de uma diferença entre alíquotas distintas. Em suma, tratando-se de “antecipação parcial” e de “diferença de alíquotas” ou outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma alíquota específica, deve ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido. Essa demonstração deveria ser feita no corpo do próprio Auto de Infração, como manda o art. 39, IV, “c”, do RPAF. Esse equívoco, contudo, decorre de circunstância que escapa ao controle do agente fiscal, já que o erro é do programa de computador utilizado na emissão do Auto de Infração. O fiscal contornou o problema fazendo a demonstração dos cálculos nos papéis de trabalho às fls. 9 e ss. Tendo em vista que foram entregues ao contribuinte cópias dos demonstrativos fiscais, já que na defesa ele se reporta àqueles instrumentos, concluo que não houve cerceamento de defesa, pois o contribuinte foi informado dos critérios adotados no cálculo do imposto lançado.*

*Dou por superada a preliminar suscitada.*

*O autuado não negou as aquisições que motivaram o lançamento.*

*Mantenho o lançamento do item 1º, lembrando que o 2º lançamento não foi impugnado.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, em petição datada de 23 de maio de 2012, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Observa que não contesta a Infração 2, aduzindo ter providenciado o pagamento do débito tributário lançado atinente à mesma.

Pede para ser cientificado dos atos processuais na pessoa dos seus procuradores, que indica, “*sob pena de nulidade.*”

Descreve o teor e a fundamentação legal da imputação 1.

Alega que teria havido nulidade parcial do lançamento por cerceamento do seu direito de defesa, discorrendo acerca de procedimento fiscal. Diz que as acusações não teriam sido comprovadas. Fala sobre o princípio da legalidade, motivação do ato administrativo, necessidade de clareza e liquidez no lançamento de ofício. Copia o artigo 127, §6º, do RPAF/99, acerca de informação fiscal, fala sobre poder-dever do agente fiscal, diz que também o Julgador de primeiro grau observou sua alegação no sentido de que o autuante não teria contestado as argumentações impugnatórias, tendo apenas reafirmado o que havia sustentado no Auto de Infração, quanto a que houvera omissão de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, motivo este que o Fisco considerara suficiente para cobrar tributo que volta a afirmar já ter recolhido.

Aduz que o autuante não se teria manifestado sobre as afirmações quanto a que o ICMS perquirido na autuação já teria sido apurado e recolhido pela sistemática convencional de

apuração, e também não fizera menção ao erro de cálculo suscitado na Impugnação. Diz que o Fisco poderia ter comprovado esta sua alegação de pagamento do imposto pelo regime normal de apuração e não o fizera, e que a atuação do agente fiscal quando da prestação da informação fiscal teria causado a ele, contribuinte, prejuízo, cerceamento do seu direito de defesa, tolhimento do seu entendimento quanto à causa da autuação, impossibilidade de fazer a sua defesa da maneira ampla. Diz que isto seria uma falha que implicaria a aplicação do disposto no artigo 18, inciso II do RPAF/99, pelo que seria necessário que esta Câmara de Julgamento declarasse “*a nulidade parcial da instrução processual administrativa, retornando os autos à Junta de Recursos Fiscais para que o agente autuante seja intimado a se manifestar de maneira satisfatória, como determina o art. 127, § 6º do RPAF, sobre as argumentações trazidas na Impugnação, saneando o vício que se acometeu sobre o presente processo.*”

Diz que passa a se pronunciar quanto ao mérito da autuação repetindo sua alegação quanto a que o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial teria sido recolhido “*pela conta corrente do ICMS, sistemática de débito e crédito, conforme se verifica das fotocópias dos livros de Registro do mencionado imposto, em anexo.*”

Volta a reprimir sua insurgência originária quanto à aplicação, no Auto de Infração, da alíquota de 17%, o que diz que seria uma tributação da totalidade do ICMS devido, e não apenas do que seria devido por antecipação parcial. Novamente discorre acerca de não-cumulatividade citando a Constituição da República; fala sobre o sistema de apuração pela conta-corrente fiscal, diz que está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia e que as saídas de todas as mercadorias que entraram no período objeto da autuação, destinadas a consumidor final, foram feitas com a aplicação da alíquota interna de 17% sem que ele, autuado, “*se creditasse do valor que de fato não fora recolhido pela antecipação parcial, como pode ser comprovado pelos documentos já anexados aos autos.*” Que o Fisco estaria assim cobrando imposto que já teria sido pago, embora ele, contribuinte, houvesse utilizado “*uma sistemática diversa da constante na legislação.*” Que não teria havido prejuízo ao erário estadual.

Copia o artigo 352-A do RICMS/BA. Discorre acerca da sistemática de apuração do imposto devido por antecipação parcial e diz que o valor do ICMS a ser recolhido antecipadamente é parcial, e não o valor total da operação subsequente que assim, para mensurar a quantia, “*é necessário pegar o valor da operação, base de cálculo do ICMS antecipação parcial, aplicar a alíquota interna e deduzir do valor, a alíquota interestadual.*”

Volta a afirmar que o autuante ter-se-ia equivocado ao não deduzir, do cálculo, a alíquota interestadual, pelo que estaria sendo cobrada, em sede de antecipação parcial, a integralidade do ICMS que inclusive já teria sido recolhido integralmente na subsequente operação de saída “*destas mercadorias.*”

Diz que na situação “*caberia tão somente a aplicação de eventual multa formal pelo descumprimento de um dever instrumental, pela falta de observância de uma obrigação acessória, que seria o não recolhimento parcial antecipado do ICMS.*”

Aduz estar procedendo a auditoria interna para apresentar a este Conselho o levantamento onde indicaria a saída tributada, com alíquota cheia, de todas as mercadorias que o Fisco sustenta que entraram sem o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial. Que tal levantamento, em razão do montante de mercadorias objeto da autuação, exigiria tempo para ser concluído, pelo que não o anexa ao Recurso, requerendo então que lhe fosse conferido prazo de sessenta dias sem que o presente Recurso fosse pautado para julgamento, para que finalizasse o procedimento de auditoria e apresentasse “*as mencionadas provas*”.

O recorrente conclui pedindo a declaração de nulidade parcial do lançamento, por cerceamento do seu direito de defesa; alternativamente, o julgamento pela improcedência “*da acusação*

*contida no auto de infração*” o Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário interposto, com o julgamento pela improcedência da autuação; ainda alternativamente, que lhe seja concedido o prazo de sessenta dias sem que o processo seja pautado para julgamento para que possa apresentar o levantamento mencionado no corpo do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> Instância no que tange à imputação 01.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

A forma de cálculo do imposto lançado na Infração objeto do Recurso está explicitada nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração e entregues ao sujeito passivo, e a d. JJF explicou, no didático voto objeto do Recurso voluntário, que a alíquota de 17% utilizada no Auto de Infração está ali apostada em razão de limitação técnica do utilizado programa do Sistema de Emissão Automatizada do Auto de Infração – SEAI, sem que a utilização desta alíquota, ao invés da alíquota menor, utilizada nos demonstrativos fiscais, e que baseou os cálculos do Fisco, tenha implicado qualquer prejuízo material para o sujeito passivo.

Quanto à alegação de que a forma da prestação da informação fiscal, posterior tanto ao Auto de Infração, quanto à impugnação apresentada pelo contribuinte, teria já antes de existir prejudicado, de alguma maneira, o direito de defesa exercido na anterior impugnação relativa ao Auto de Infração, por ilógica impossível de subsistir. Ademais, ainda que fosse necessária a prestação de nova informação fiscal pelo autuante, o que não é, conforme já explicitado no julgamento *a quo*, isto não implicaria, em qualquer momento, a nulidade da autuação, posto que os elementos da acusação fiscal, neste PAF, encontram-se no Auto de Infração, e não na informação fiscal, e foi aos elementos do Auto de Infração que se dirigiu a impugnação parcial apresentada, em pleno exercício de ampla defesa. Assim, inexiste base para que fosse atendido o pedido do contribuinte no sentido de anulação da Decisão de base para que o autuante fosse compelido a prestar nova informação fiscal.

Constatou ainda que na Decisão de base foram abordados todos os elementos trazidos na impugnação, tendo o sido o voto explícito acerca dos motivos pelos quais não deu provimento às alegações do contribuinte.

Rejeitadas as argüições de nulidade do Auto de Infração e do decorrente processo administrativo fiscal, inclusive da Decisão de primeira instância.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Ressalto, quanto ao instituto da antecipação parcial, que o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n° 3426, negou a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual n° 7.014/96,

que criou a antecipação parcial do imposto para empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa. Portanto, o Estado da Bahia pode determinar que o imposto seja cobrado sob a forma de antecipação parcial, devendo os contribuintes do ICMS submeterem-se a este regime, na situação prevista na Lei nº 7.014/96.

Indefiro o pedido da concessão do prazo e sessenta dias para apresentação de novas provas pelo sujeito passivo, formulado em sua petição de Recurso voluntário, datada de 23 de maio de 2012, por inexistir base normativa para tal pleito, assinalando que cabe ao contribuinte insurgente contra lançamento de ofício o cumprimento do disposto no artigo 123 do RPAF/99. Ademais, pelo decurso de prazo na tramitação administrativa deste processo, na realidade o contribuinte teve, da data da interposição do Recurso voluntário, até o momento desta sessão de julgamento, período superior a sessenta dias, prazo que aduzia suficiente para elaborar o levantamento que classifica como prova de sua argüição de recolhimento intempestivo do tributo relativo a todas as operações objeto da imputação impugnada.

Também quanto ao mérito não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

O contribuinte confessa o não recolhimento tempestivo do imposto devido por antecipação parcial, descreve a sistemática tributária legalmente prevista para as aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, que admite ter realizado, e transcreve a legislação a respeito, o que demonstra pleno conhecimento das regras a que estava adstrito, e que declara ter descumprido.

Em seguida, aduz que o Fisco deveria ter comprovado que o imposto não teria sido recolhido por antecipação, mas que teria sido recolhido no momento da saída da mercadoria, com a utilização indevida da sistemática de apuração pela conta-corrente fiscal. O contribuinte afirma, ainda, que pelo fato de o Fisco não ter perquirido tal comprovação de sua alegação defensiva, então o direito de defesa dele, contribuinte, teria sido prejudicado, o que não se configura inclusive porque cabe ao contribuinte cumprir suas obrigações tributárias principal e acessórias e, quando não as cumpre, ou se recolhe imposto de forma não prevista na legislação, deve provar suas alegações defensivas em contrário, o que até o momento não providenciou neste processo.

Assinalo que a escrituração fiscal, e a elaboração de listagens, por si só, não comprovam pagamento de imposto. Mas se o contribuinte houvesse comprovado que todas as mercadorias objeto das operações sobre as quais está sendo exigido o imposto por antecipação parcial não mais se encontravam em estoque, e teriam sido vendidas com o pagamento do ICMS pelo regime normal de apuração, então haveria elementos para que fosse analisada sua alegação quanto a que deveria ser aplicada a multa de 60% prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para essa situação. Como nada foi provado, não resta alternativa a este Órgão Julgador a não ser manter a Decisão de base no sentido da procedência da acusação fiscal.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas ao endereço que indica, tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/99. Assinalo, por devido, que embora esse pleito quanto ao endereço de intimação possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria nulidade, ao contrário do quanto afirmado pelo Recorrente, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídico autuado, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232879.0013/10-0, lavrado contra **RHEDE TRANSFORMADORES E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA. (RHEDE RECICLAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$316.462,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS