

PROCESSO - A. I. Nº 295309.0051/10-5
RECORRENTE - ANTONIA RIBEIRO BARRETO (MERCADÃO RIBEIRO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0032-03/12
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 21/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0336-11/13

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. ARTIGO 371 RICMS/BA. INEXISTÊNCIA DE CONVÊNIO OU PROTOCOLO. OBRIGATORIEDADE DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO POR PARTE DO ADQUIRENTE. INFRAÇÕES 1 E 2. Lançamento revestido das formalidades legais exigidas. Recorrente não constituiu prova do recolhimento das quantias exigidas. Infrações caracterizadas. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 07/03/2012 (fls. 50/53) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2011, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 64.366,95, decorrente do cometimento das seguintes infrações:

***Infração 01- 07.01.02:** Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89; Data da ocorrência: 31/05/2010;*

*Enquadramento: arts. 371 e 125, II, b, combinado com o art. 61, do RICMS/BA (Dec. 6.284,97);
Multa aplicada: art. 42, II, d, da Lei n.º 7.014/96.*

***Infração 02 – 07.01.01:** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89; Período: 31 de março a 30 de novembro de 2010;*

*Enquadramento: arts. 371 e 125, II, b, combinado com o art. 61, do RICMS/BA (Dec. 6.284,97);
Multa aplicada: art. 42, II, d, da Lei n.º 7.014/96.*

Concluída a instrução do feito, a 3ª JF entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração assim procedendo com base na seguinte fundamentação:

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 consequente 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.

Como se pode constar da leitura do voto acima reproduzido, os julgadores de Primeira Instância afastaram a preliminar de nulidade suscitada, por entenderem que o lançamento de ofício encontra-se revestido de todas as formalidades legalmente exigidas, bem assim que o sujeito passivo, ora recorrente, foi devidamente cientificado através de seu representante legal acerca da lavratura do Auto de Infração, tendo recebido cópia de todos os demonstrativos e documentos que o instruíram, procedimentos que possibilitaram o pleno exercício do direito de defesa.

No mérito, a Egrégia 3ª JJF se posicionou pela Procedência do lançamento tendo em vista que tanto a exigência consubstanciada no item 1, quanto a que se refere ao item 2 do Auto de Infração, dizem respeito a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária listadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA e adquiridas sem a retenção do imposto substituído.

Nesta condição, caberia ao estabelecimento destinatário – ora recorrente – proceder ao recolhimento do imposto devido em relação às operações subsequentes por antecipação quando da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, procedimento que no caso da infração 01 foi adotado apenas parcialmente e no caso da infração 02 deixou de ser adotado.

No que diz respeito ao direito à redução da base de cálculo alegado em face das disposições contidas no Decreto nº 7.799/00, explicitou a Decisão de piso que o benefício ali previsto não se

aplica a hipótese dos autos a teor do quanto previsto no art. 1º da mesma norma regulamentar que exclui do benefício às operações de saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Finalmente, afastou a alegação do então Impugnante no sentido de que procedeu ao recolhimento das quantias exigidas quando da saída das mercadorias, antes mesmo de ter tomado ciência acerca do lançamento de ofício, em razão da inexistência de prova documental do quanto aduzido.

Após tomar ciência dos termos da Decisão proferida pela 3ª JF, o Recorrente interpôs Recurso Voluntário, reproduzindo em sua peça recursal os mesmos argumentos então aduzidos na defesa.

Reiterou a preliminar de nulidade, sustentando em apertada síntese à falta de motivação do ato administrativo de lançamento, bem como que lhe foram fornecidas as cópias dos documentos fiscais que serviram de base para a confecção dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, fato que lhe cerceou o direito de defesa.

Quanto ao mérito aduz que:

- (a) Os valores relativos a ambas as infrações estão sendo exigidos em duplicidade, haja vista que, embora não tenha recolhido o imposto substituído quando da entrada das mercadorias, o fez no momento em que realizou a venda destas. Diante desta realidade o máximo que poderia lhe ser exigido seria multa por descumprimento de obrigação acessória;
- (b) Que os referidos recolhimentos foram realizados antes da ciência da lavratura do Auto de Infração, razão pela qual há de ser aplicado o instituto da Denúncia Espontânea de que trata o artigo 138 do CTN; e
- (c) Que os cálculos elaborados pela fiscalização não contemplaram a redução da base de cálculo equivalente a 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00 a que faz jus em vista do Termo de Acordo que firmou com o Estado e cuja cópia diz ter anexado à peça defensiva como Documento nº 01.

Com base nas razões expostas, requer o reconhecimento da nulidade e, na hipótese de esta restar afastada, que seja o lançamento julgado improcedente.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS, opinou pelo não provimento do apelo recursal. No entender do Ilustre Representante o Recorrente não trouxe em sua peça recursal quaisquer razões de fatos ou fundamentos de direitos aptos a infirmar os termos da Decisão de piso.

Afastou o pedido de reconhecimento de nulidade por entender que o Auto de Infração está devidamente revestido das formalidades legais, tendo a ele sido carreados todos os documentos que o embasaram.

No mérito, rejeitou o pleito de aplicação do instituto da Denúncia Espontânea, uma vez que não foram trazidos aos autos documentos comprobatórios do recolhimento dos valores exigidos em data anterior à ciência acerca do lançamento.

Quanto à redução da base de cálculo, se valeu da disposição contida no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 para afastar a aplicação dos benefícios ali previstos às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme se verificou no presente caso.

VOTO

O Recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido.

Início a apreciação das razões de apelo afastando a prejudicial de nulidade suscitada. Da análise dos autos constato que o lançamento de ofício foi efetuado em estrita observância às formalidades legais exigidas.

O Recorrente foi devidamente cientificado acerca da lavratura do Auto de Infração, tendo recebido cópia de todos os demonstrativos e demais documentos que fundamentam a exigência

(fls. 02, 05 e 09), de forma que não lhe assiste razão quando sustenta a inexistência de motivação do ato de lançamento, bem assim a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, direito este que, ressalte-se, foi exercido em sua plenitude. Verifico que o Recorrente entendeu os critérios adotados pela fiscalização para fins de confecção dos demonstrativos que instruem o Auto de Infração na medida em que o impugnou em todos os seus aspectos.

No mérito, com fulcro nos mesmos fundamentos trazidos pela Decisão de piso, e ratificados pelo opinativo da PGE/PROFIS, entendendo não merecer provimento o Recurso interposto.

Tanto a exigência de que trata o item 1, quanto a que se refere o item 2 do Auto de Infração, têm origem em operações interestaduais de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e em relação às quais não houve retenção do imposto substituído.

Diante desta situação, a teor do quanto previsto no artigo 371 do RICMS/BA, caberia ao Recorrente, na condição de adquirente, proceder ao recolhimento do ICMS devido em relação às operações subsequentes no momento em que se deu a entrada das mercadorias no território baiano, obrigação que foi adimplida apenas parcialmente no caso da infração 1 e totalmente no caso da infração 2.

A alegação trazida tanto na defesa, quanto na peça recursal no sentido de que os valores apurados no Auto de Infração já teriam sido recolhidos quando da saída das mercadorias que ocorreu em data anterior ao lançamento não encontra lastro em quaisquer documentos comprobatórios.

Nos termos do artigo 141 do RPAF *se quaisquer das partes aceitar fato contra se invocado, mas alegar a sua extinção deverá provar a sua alegação*. Diante disto, não tendo sido carreado aos autos quaisquer documentos aptos a comprovar o recolhimento, mesmo que a destempo, das quantias exigidas não vejo como acolher a tese recursal.

Como consectário lógico da conclusão exposta acima resta também afastada a aplicação do instituto da Denúncia Espontânea ventilada no Recurso.

De igual forma, não merece guarida à tese do Recorrente no sentido de que a quantificação da base de cálculo deveria contemplar a redução de 41,176% em face das disposições contidas no Decreto nº 7.799/00. Isto porque, como bem demonstrou a Decisão de primeira instância, a própria norma regulamentar excetua dos benefícios por ela introduzidos às operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, ratificando a Decisão proferida pela 3ª JF em todos os seus termos que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração originário do presente PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento 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 **295309.0051/10-5**, lavrado contra **ANTONIA RIBEIRO BARRETO (MERCADÃO RIBEIRO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.366,95**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

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