

A. I. N° - 269275.0012/12-0
AUTUADO - CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 15.07.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0129-02/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A: a) USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Descaracterizada a infração por se tratar de mercadorias que se agregam ao custo das mesmas (embalagens, bobinas e etiquetas); b) PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Argumentos defensivos incapazes para elidir a infração. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (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 sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração não elidida. 3. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Não acolhido o pedido para redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/12/2012, para exigência de ICMS no valor de R\$114.476,52, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$68,28, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, junho, julho, outubro e dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09, e 31 a 36.
2. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$1.790,66, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2008, conforme demonstrativo fl. 10.
3. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.004,76, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, março, maio, junho e outubro de 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls.11, e 47 a 52.

4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por substituição no valor de R\$15.202,72, na qualidade 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, no período de janeiro a dezembro de 2008, conforme demonstrativo e documentos às fls. 12 a 13, e 53 a 112.
5. Multa percentual, no valor de R\$96.410,10, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de janeiro a dezembro de 2008, conforme planilhas às fls. 14 a 30.

O autuado, por seus representantes legais, em sua defesa às fls.831 a 834, impugnou o lançamento tributário argüindo, defendendo e juntando provas para desconstituir as infrações.

Quanto a Infração 05-07.15.05, faz sua defesa juntando provas dos recolhimentos no regime normal, código 0759 na competência e data de pagamento, como determina o Regulamento do ICMS, com fundamento no RPAF/97, nos seus artigos 158 e 159 nos seus parágrafos § 1º e especialmente no parágrafo § 2º, onde solicita acolhimento da comprovação do pagamento do principal.

Com relação a Infração 04-7.01.01, alega que de posse dos documentos do exercício de 2008, liberado pelo autuante, inclusive o Auto de Infração, fez uma revisão nos livros, documentos e nos DAE's desse período fiscal, constatou e levantou as Notas Fiscais das fls. 12/13 do PAF, e fez uma verificação das notas lançadas pela fiscalização como omissão de recolhimento do ICMS para antecipação tributária total, e discordou do levantamento fiscal juntando as notas fiscais e DAE's de recolhimento da antecipação tributária total (docs.fl. 845 a 957)

Repete que não é legal essa cobrança das fls. 12/13, do PAF, pois os documentos juntados do período fiscalizado, quais sejam, DAE's recolhidos no código 1145, comprovam o cumprimento dessa obrigação tributária.

Além disso, aduz que do referido levantamento feito pela empresa, apenas 3 (três) Notas Fiscais de nº 70464, 166456 e 224367 não foram encontradas, razão porque que concorda com os valores a recolher.

Diz que está juntando as Notas Fiscais na ordem do levantamento fls. 12/13, do PAF, conferida mês a mês com o DAE e os números da NF, para sustentar a insubsistência da exigência fiscal.

Registra que os valores dos DAE's que não foram encontrados acima mencionados somam o valor a recolher de R\$ 702,00, que deixa a quitação para o final do processo em trâmite.

No que tange a Infração 05-07.15.05, aduz que o autuante fez uma análise na escrituração e documentos fiscais e levanta uma diferença de alíquota na aquisição de mercadorias de outro Estado da Federação, cujo levantamento importa de R\$114.410,10 (cento e catorze mil, quatrocentos e dez reais e dez centavos), aplicando uma multa percentual de 60%, porque não foi recolhido no mês de competência a diferença de alíquota.

Informa que na revisão documental da escrita fiscal no Livro de Entrada não consta nenhum registro da antecipação parcial, e mostrou-se surpreso com a autuação, argüindo que a alteração na legislação do Regulamento do ICMS de 2004, ficou determinado que se as compras de outro Estado, teria o recolhimento do parcial.

Assinala que já havia reclamado de sua contabilidade o recolhimento da antecipação parcial, no que foi induzido pelo erro da Contadora que lhe informava que a diferença da alíquota era recolhida na venda com 17% do consumidor final (quando era aplicado a MVA) os custos de venda, mesmo insistindo e agindo de boa fé, não conseguiu convencer a contabilidade para regularizar os registros e a diferença da alíquota para recolher, e evitar a multa.

Com base nesse argumento, repete que foi induzido pelo erro da ignorância por parte da contabilidade, que estava desatualizada da legislação e/ou praticava de má fé com propósito de lhe prejudicar.

Assim, dizendo que a aplicação da penalidade pode ser reduzida ou dispensada por descumprimento da obrigação acessória pela Junta de Julgamento Fiscal, desde que fique provado que a infração tenha sido praticada sem: dolo, fraude, omissão, sonegação e/ou simulação, fato que sustenta está provado no Auto de Infração, pois o autuante não apontou nenhuma dessas irregularidades, pede a aplicação do disposto nos artigos 158 e 159 do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/97, e no art. 42, parágrafo § 7º da Lei nº 7.014/96, com a dispensa ou redução da multa em questão.

Ao final, requer a aplicação de equidade fundamentada na sua boa fé, que ocorreu por ignorância da Contadora que lhe induziu a não recolher o ICMS antecipação parcial, pois já estava embutido os 17% no cálculo do consumidor final; e como os tributos foram recolhidos, normalmente, e não houve dolo, omissão, fraude ou simulação, pede e espera a redução da multa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 253 a 255, na qual, rebateu as alegações defensivas esclarecendo que:

Destaca que a defesa impetrada pelo contribuinte está muito confusa, pois ele não coloca o número correto da infração que está defendendo, dificultando a identificação da infração a que está fazendo menção. Além disso, confunde as infrações, pois cita a infração 05 (07.15.05) como se fosse outra infração (ICMS REGIME NORMAL escriturado e não recolhido), sendo que a infração 05 (07.15.05) refere-se à Antecipação Parcial. Além disso, que confunde Diferença de Alíquotas (cobradas nas infrações 02 e 03 - respectivamente consumo e ativo fixo, com Antecipação Parcial).

Dito isto, passa a analisar o mérito da defesa.

Quanto às infrações 02 (Diferença de alíquotas uso e consumo) e 03 (Diferença de alíquotas ativo imobilizado), diz que o autuado não faz qualquer alegação e nem apresenta qualquer documento capaz de afastar a exigência fiscal, o que no seu entender, implicitamente, acatou a ação fiscal.

Com relação às infrações 01 (ICMS REGIME NORMAL escriturado e não recolhido) e 04 (ICMS Antecipação Total), observa que o autuado apresenta alguns DAE's tentando desconstituir o valor exigido, porém no caso da infração 01 (ICMS REGIME NORMAL escriturado e não recolhido) os referidos DAE's já foram levados em consideração no cálculo do valor exigido, pois este valor exigido refere-se tão somente à diferença entre o saldo devedor e o valor recolhido (este valor recolhido coincide com os DAE's apresentados pelo contribuinte).

No caso da infração 04 (ICMS Antecipação Total), aduz que não fica caracterizado que os DAE's apresentados referem-se especificamente às Notas Fiscais relacionadas na planilha desta infração, portanto, afirma que não comprovam o pagamento do ICMS Antecipação total exigido.

Sobre a infração 05 (ICMS Antecipação Parcial - multa de 60% pelo não recolhimento), frisa que o autuado em sua peça defensiva, reconhece o não pagamento da referida Antecipação Parcial. Justifica que adotando procedimento orientado pelo próprio CONSEF, cobrou apenas a multa de 60% (e não o valor do ICMS não recolhido mais a multa). Quanto a alegação defensiva de que foi induzido ao erro pela própria contabilidade e a consequente falta de dolo, fraude ou simulação, aduz que esta não espelha a realidade, pois o escritório em questão (ETECON contabilidade) é um dos principais escritórios contábeis de Paulo Afonso (talvez o maior deles).

Finaliza dizendo que a defesa não acrescenta elementos que possam desconfigurar a ação fiscal, e por isso, pugna pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que das infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo silenciou em relação às infrações 01, 02 e 03, impugnando as infrações 04 e 05. Apesar disso, passo a analisar todos os itens da autuação, conforme segue.

INFRAÇÃO 01

Este item está embasado na planilha à fl.09, na qual estão demonstrados os valores recolhidos a menor, nos meses de fevereiro, junho, julho, outubro e dezembro de 2008, nos valores de R\$15,75; R\$15,65; R\$10,10; R\$10,00; e R\$16,78, respectivamente, valores esses resultantes da diferença entre os valores apurados no Registro de Apuração do ICMS para os valores recolhidos.

Verifico que o sujeito passivo em sua impugnação silenciou sobre esta infração, razão porque, ante o seu silêncio, a mesma se torna subsistente, devendo ser mantido o débito no total de R\$68,28.

INFRAÇÃO 02

Exige-se neste item o imposto, no total de R\$1.790,66, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, referente ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.

De acordo com o artigo 5º, inciso I, do RICMS/97, é devido o pagamento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais, de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Cotejando as cópias das notas fiscais às fls. 37 a 46 em comparação com a planilha à fl. 10 que fundamenta a infração, verifico que as mercadorias consideradas como de uso e consumo são “sacolas”, “etiquetas”, e “bobinas”.

Ressalto que o contribuinte tem como atividade o ramo de supermercado, e nessa condição utiliza como embalagem sacolas, e etiquetas para marcar os preços de suas mercadorias, bem como, bobinas para utilização em equipamentos de cupom fiscal.

Assim sendo, tais mercadorias por serem utilizadas na comercialização se agregam ao custo dos produtos, tanto que a legislação admite a utilização dos créditos fiscais em tais aquisições.

Desta forma, entendo que não é cabível o pagamento do diferencial de alíquotas, mas sim, de antecipação parcial.

Nestas circunstâncias, considero insubsistente este item da autuação, ficando a recomendação à autoridade competente para instaurar outro procedimento fiscal visando o lançamento desses valores a título de antecipação parcial, caso o autuado já não tenha recolhido tais valores.

INFRAÇÃO 03

O lançamento do débito no total de R\$1.004,76, diz respeito a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Consoante está demonstrado na planilha à fl.11, combinada com as cópias das notas fiscais às fls. 47 a 52, os bens que ensejaram o lançamento do imposto a título de diferencial de alíquotas são: condicionador de ar; projetor; cadeiras fixas e giratórias; impressora, suporte para cestas; máquina de ponto e porta cartões.

Portanto, não há dúvida de que tais bens estão sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas, razão porque mantenho o lançamento do débito deste item.

INFRAÇÃO 04

Neste item, foi lançamento o débito no total de R\$15.202,72, correspondente ao imposto que deixou de ser recolhido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2008.

Nas planilhas às fls.12 a 13 não foram especificadas quais foram as mercadorias que ensejaram a exigência fiscal. Contudo, verificando-se as cópias das notas fiscais constantes nos autos, se depreende que se tratam de balas, bombons, guloseimas, sapatos, sandálias, chinelos, café,

açúcar, dentre outras, todas enquadradas no regime de substituição tributária, tanto que o sujeito passivo não negou sua obrigação tributária.

Entretanto, alegou que o imposto exigido foi pago e acostou ao processo cópias de notas fiscais juntamente com os DAEs recolhidos. Analisando tais documentos, mais precisamente os de fls. 841, 845, 854, 855, 865, 874, 881, 893, 900, 905, 911, 923, e 928, constatei que tais documentos de arrecadação foram considerados nas planilhas às fls. 12 e 13 dos autos.

Assim, considero não elidida a acusação fiscal, subsistindo integralmente o reclamo fiscal.

Infração 05

O débito lançado neste item se refere a multa percentual, no valor de R\$96.410,10, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, no período de janeiro a dezembro de 2008, referente à aquisição de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação adquirida com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls. 14 a 30, e constantes às fls. 113 em diante.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.*"

Não foi negada a ocorrência, porém, foi argüido na peça defensiva que foi induzido a erro de sua Contadora de que o imposto estava sendo pago na saída da mercadoria, e que não houve má fé de sua parte, alegações que não é capaz de descharacterizar a infração.

Quanto ao pedido para redução e cancelamento da multa, a pretexto de que a infração não foi praticada com: dolo, fraude, omissão, sonegação e/ou simulação, fato que sustenta está provado no Auto de Infração, pois o autuante não apontou nenhuma dessas irregularidades,

Quanto a multa em questão, registro que sua aplicação decorreu do descumprimento da obrigação principal, e sobre o pedido do autuado para redução ou cancelamento da multa a pretexto de que a infração não foi praticada com dolo, fraude, omissão, sonegação e/ou simulação, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida (falta de recolhimento da antecipação parcial), 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. Além disso, o pleito do contribuinte para cancelamento ou redução da multa em questão não encontra amparo no § 7º do art.42, da lei citada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão do débito referente à infração 02 no valor de R\$1.790,66.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269275.0012/12-0**, lavrado contra **CÍCERO FLORÊNCIO DA COSTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.275,76**, acrescido das multas de 50% sobre R\$68,28 e de 60% sobre R\$16.207,48, previstas no artigo 42, I, "a", II, "d", "e", "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

R\$96.410,10, prevista no inciso II, “d” do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA