

A. I. Nº - 207182.0018/12-0
AUTUADO - MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO LIMA
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET 13.08.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-04/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Responsabilidade do adquirente em relação à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando da entrada no estabelecimento. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/03/2013, para constituir crédito tributário no valor de R\$80.485,36, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$80.485,36, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, constantes do ANEXO 01 do RICMS/BA/2012, provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de outubro de 2012 e janeiro e fevereiro de 2013, conforme demonstrativo à fl.04.”

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 43-51, nas quais impugna o Auto de Infração em tela, aduzindo para tanto o seguinte:

A presente autuação apura um montante supostamente devido a título ICMS no total de R\$80.485,36, referente a aquisições interestaduais de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária.

Diz que, segundo a descrição dos fatos, tal apuração deu-se exclusivamente com base na alegação de que teria deixado de recolher ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária de diversas mercadorias adquiridas fora do Estado, onde, consoante se demonstrará, houve equívoco na autuação em questão, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente.

Destaca preliminarmente a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa decorrente de ausência de Notas Fiscais. Observa que no Auto de Infração, a autoridade fiscal informa que houve falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$80.485,36, devido por substituição tributária, referente aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mercadoria constante do Anexo 01 do RICMS/12, conforme Planilha e Notas Fiscais anexas ao presente auto de infração.

Assevera que, não obstante tal afirmação, não foi anexada aos autos às cópias das notas fiscais nas quais se baseou a autoridade fiscal para emissão do auto de infração, mas tão somente um “*demonstrativo de débito*”, uma relação de “*notas emitidas*” e um “*demonstrativo de ICMS Substituição Tributária a recolher*”, o que inviabiliza a consecução do princípio da ampla defesa do contribuinte.

Destaca que, juntamente com este auto de infração e no mesmo dia, o contribuinte foi notificado de outro auto, o de nº 207182.0016/12-8, com idêntica infração, mas no qual constou além do “*Demonstrativo de Débito*”, o “*Demonstrativo de Substituição Tributária a Recolher*” e de uma relação de notas fiscais, as efetiva cópias das Notas Fiscais em questão, o que ensejou, inclusive, o parcelamento do referido débito.

Assim diz que o presente auto de infração não pode prosperar, até porque o contribuinte não efetuou qualquer compra das mercadorias imputadas ao mesmo no presente auto de infração. Por outro lado diz não existir fato gerador do ICMS por Antecipação Tributária no caso em tela. Diz que é sabido que a antecipação tributária do ICMS constitui-se numa sistemática de apuração e cobrança do tributo estadual na qual o fato gerador é considerado ocorrido antes mesmo da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento comercial respectivo, por ocasião do mero ingresso de mercadorias no território do respectivo Estado-Membro do contribuinte do Imposto, com o registro das respectivas Notas Fiscais no sistema de Fiscalização instalado nas fronteiras entre os Estados.

Trata-se, portanto, destaca o autuado, de uma presunção criada pela Lei e pela Constituição Federal, a fim de facilitar a fiscalização da arrecadação do ICMS. Não obstante isso aduz que tal presunção não é absoluta, mas meramente relativa, ou seja, admite prova em contrário por parte do contribuinte. Isto porque pode o contribuinte comprovar, por exemplo, que as mercadorias registradas nos sistemas fazendários nem sequer chegaram a ingressar no estabelecimento comercial comprador, em razão de furto, roubo ou outra circunstância alheia à vontade do contribuinte.

Com efeito, observa que, caso as mercadorias adquiridas jamais cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de se cair em confisco. Esse, aliás, é o entendimento dos Tribunais pátrios, assevera o defendente, destacando a ementa da decisão do STF objeto do processo Auto de Infração AGR 3376555 que o cita.

Então, entende que, na específica hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar ou, já tendo sido o mesmo pago, é o caso de se operar a restituição do indébito. Diz, assim, que essa é a explicação para o Auto de Infração em questão.

Neste contexto, destaca que os livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção de ocorrência do fato gerador na antecipação tributária por substituição. Diz que, se não há registro nos livros fiscais de entrada das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais tendo a autuada como compradora, é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial!

De outra forma, para argüir a improcedência da autuação, destaca a falta de respeito a não-cumulatividade do ICMS. Observa que, caso não seja acolhido o argumento anterior, o que só se admite por argumentar, melhor sorte não restará ao Auto de Infração em questão, isso porque na apuração do respectivo ICMS não foi levado em conta à natureza não cumulativa do tributo.

Diz que o ICMS é um imposto de natureza não cumulativa, o que significa que o montante do ICMS devido na operação anterior é compensado contabilmente com o montante do tributo na operação seguinte. Assim destaca que, ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% sobre o total das Notas Fiscais em questão, como se o fato gerador presumido do tributo realmente tivesse ocorrido, sem abater eventual diferença na suposta operação de venda das mercadorias, o ICMS acabou sendo exigido de maneira cumulativa, violando a legislação de regência.

Conclui então, admitindo que o fato gerador tenha ocorrido, o tributo em questão seria infinitamente menor do que aquele apurado pela fiscalização, isso porque o montante a ser pago de ICMS na operação de venda das mercadorias seria abatido com o montante devido na antecipação tributária, fazendo-se incidir a alíquota do ICMS, basicamente, sobre o resultado da diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias.

Não adotando essa sistemática, o Fisco impõe um ônus excessivamente grande ao contribuinte, violando a natureza não cumulativa do tributo, pois não leva em conta eventual crédito de ICMS. Observa assim que o montante apurado no presente auto de infração, em verdade, constitui-se em crédito de ICMS a ser compensado nas operações subseqüentes aos fatos geradores, o que resultaria num débito a pagar infinitamente menor.

Portanto, caso o Auto de Infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, deve-se, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não-cumulatividade do tributo. Isso tudo considerando que de fato tenha havido o fato gerador presumido pela substituição tributária, o que, à luz do seu entendimento, jamais ocorreu.

Requer, então, à luz dos fundamentos fáticos e jurídicos antes aduzidos, seja o presente Auto de Infração julgado absolutamente improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 53 a 54 dos autos, salienta que a autuada, em sua peça defensiva, apresenta argumentos que parece não se referirem ao fato descrito no Auto de Infração acima identificado. Assim, procura rebatê-los e tudo esclarecer no sentido de confirmar a retidão do crédito reclamado e contestado pela autuada na forma das razões que passo a expor:

Preliminarmente destaca a afirmação da autuada de que “*não foi anexado (sic) aos autos as cópias das notas fiscais nas quais se baseou a autoridade fiscal para emissão do auto de infração, mas tão somente um ‘demonstrativo de débito’, uma relação de ‘notas emitidas’ e (sic) um ‘demonstrativo de ICMS Substituição Tributária a recolher’ o que inviabiliza a ampla defesa do contribuinte.*” (fl. 44)

Informa que a autuada está equivocada, pois, das 19 (dezenove) Notas Fiscais relacionadas nos demonstrativos, cujas cópias compõem o presente PAF, 14 (catorze) encontram-se escrituradas no seu livro Registro de Entradas.

Aliás, já prevendo essa alegação, diz que teve o cuidado de anexar ao processo:

- a) *as 14 cópias das notas fiscais registradas no livro Registro de Entradas da autuada, inclusive com o carimbo de “Contabilizado” pelo escritório de contabilidade que lhe presta serviços contábeis, conforme fls. 20/33 do presente PAF;*
- b) *cópias das folhas do livro Registro de Entradas da autuada, onde consta o registro das 14 notas fiscais acima indicadas, conforme fls. 15/16 do presente PAF.*
- c) *as 5 (cinco) cópias das outras notas fiscais não registradas no livro Registro de Entradas da autuada, mas capturadas através do sistema de NFe, visualizadas e impressos os Danfes, conforme fls. 17/19 e 34/35 do presente PAF.*

Do exposto, diz que se pode afirmar que, não somente todas as notas fiscais estiveram à disposição da autuada e, mais, que anexou cópias dessas notas efetivamente registradas pela autuada, conforme descreve acima, o que cai por terra a alegação de que faltam-lhe cópias das notas fiscais para que possa exercer sua plena defesa.

Por outro lado diz que a autuada comenta que “*juntamente com este auto de infração e no mesmo dia, o contribuinte foi notificado de outro auto, o de nº 2071820016/12-8, com idêntica infração, mas no qual constou, além do ‘demonstrativo de débito’, do ‘demonstrativo de substituição tributária a recolher’ e de uma relação de notas fiscais, as efetivas cópias das notas fiscais em questão, o que ensejou, inclusive, o parcelamento do referido débito por parte do contribuinte.*” (fl. 45).

Em seguida diz que a autuada afirma que “*o presente auto de infração não pode prosperar, até porque o contribuinte não efetuou qualquer compra das mercadorias imputadas ao mesmo no presente auto de infração*” (fl. 45).

Informa então que, o Auto de Infração nº 2071820016/12-8 mencionado pela autuada teve como suporte outras notas fiscais que, da mesma forma, a autuada não fez a substituição tributária, não havendo, portanto, nenhuma relação com o presente PAF.

Diz, portanto, se a intenção da autuada é alegar que no auto mencionado foram anexadas as cópias das notas fiscais e que, portanto, reconheceu-se o débito e pediu-se parcelamento, e que no presente, ora discutido, as cópias das notas não foram anexadas e que, assim, torna-o improcedente; destaca assim, que novamente está equivocada a autuada, pois, como já deixado claro no item 1 da presente informação, não somente as notas foram anexadas, mas que, das 19 cópias anexadas, 14 foram xerocopiadas das próprias notas fiscais registradas no seu livro de

Registro de Entradas de Mercadorias e arquivadas pela contabilidade. Assim, assevera que não tem cabimento a alegação da autuada.

Destaca também o seguinte comentário da defendente “ [...] *se não há registro nos livros fiscais de entradas das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais tendo a autuada como compradora, é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial!* (fl. 47)[...]”

Sobre tal destaque, diz que não cabe ao presente caso. Das 19 notas fiscais relacionadas, 14 estão devidamente registradas no LRE da autuada, porém, o ICMS devido por substituição tributária não fora recolhido. Então conclui: “*se estão em sua contabilidade é porque ele efetivamente recebeu as mercadorias!*”

Por fim, diz que autuada insinua que não fora observado o princípio da não-cumulatividade do ICMS (fl. 49). Neste aspecto, destaca que a autuada mais uma vez está equivocada ou não leu atentamente o Demonstrativo de ICMS Substituição Tributária a Recolher (fl. 04). Nele consta a coluna ICMS-NF, onde estão relacionados todos os créditos destacados nos documentos fiscais de origem e considerados no cálculo do ICMS reclamado.

Dessa forma, observa que a intenção da autuada, com a manifestação de defesa, é de simplesmente adiar o julgamento da autuação que lhe fora infligida. Destaca claramente que suas alegações são desconexas, sem sentido. Assim, diz que os Senhores Julgadores têm elementos suficientes para o julgamento procedente do Auto de Infração, objeto desta Informação Fiscal.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento (fl. 04) e documentos acostados aos autos (fls. 14 a 36), com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Refuto, portanto, o pedido de nulidade argüido pelo defendente em razão de cerceamento de defesa, por ausência de cópias de Notas Fiscais acostadas aos autos, pois observo que, das 32 (trinta e duas) Notas Fiscais Eletrônicas relacionadas no demonstrativo (fl. 04) que fundamenta a autuação, 15 (quinze) podem ser visualizadas pelos DANFE's impressos e acostados aos autos às fls. 17 a 35, onde se vê claramente que o destinatário das mercadorias é efetivamente o Contribuinte Autuado, MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA – EPP, I.E. 052130144, com estabelecimento no Município de Ibirataia, Estado da Bahia.

Ademais, 10 (dez) dessas Notas Fiscais Eletrônicas, visualizadas pelos DANFE's impressos e acostados aos autos às fls. 17 a 35, que se relacionam ao mês de janeiro de 2013, estão registradas no livro Registro de Entrada do autuado, conforme cópia das folhas do livro anexadas ao presente PAF às fls. 15 a 16, o que vem a confirmar que as mercadorias ingressaram efetivamente no estabelecimento do autuado.

Então não pode lograr êxito a assertiva do autuado de que não se pode verificar a autenticidade e o destino das mercadorias objeto da presente autuação, nem tampouco cotejar os valores do imposto devido a título de ICMS por Antecipação Tributária no que estabelece o art. 8º, inciso II, § 3º do art. 32 da Lei 7.014/96, combinado com o art. 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012; mesmo porque o Contribuinte Autuado em nenhum momento dos autos apresenta qualquer documento probante onde demonstre que tais mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do defendente o ICMS por antecipação tributária decorrente de entrada em seu estabelecimento de açúcar proveniente de outras unidades da Federação (Estados de Sergipe e Goiás) nos meses de outubro de 2012 e janeiro e fevereiro de 2013.

A análise das peças processuais, conforme enquadramento da autuação, a operação está submetida ao regime de substituição tributária por antecipação no que estabelece o art. 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, ao qual reza:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I (Grifo nosso)

Esse Anexo 1 indica as mercadorias sujeitas ao regime da substituição por antecipação acobertadas por Acordos Interestaduais ou não. Como tal, o Açúcar, mercadorias objeto da autuação, está enquadrado no citado anexo. Portanto sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação. No caso específico as mercadorias são todas oriundas dos Estados de Sergipe e Goiás não signatários de Acordos Interestaduais para a mercadoria objeto em análise.

Por tal dispositivo, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária por antecipação, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações a serem realizadas pelos adquirentes, o contribuinte alienante, no caso específico o autuado, no Estado da Bahia, relativo às mercadorias constantes do Anexo 1 do RICMS/BA, no caso objeto em análise, o açúcar (art. 8º, inciso II, da Lei 7.014/96).

Para fins de recolhimento do ICMS por antecipação, a base de cálculo é obtida pelo somatório do valor da operação realizada pelo substituto tributário, o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados e a margem de valor adicionado, relativa às operações subsequentes.

Para o caso em análise a margem de valor adicionado indicada para o açúcar, conforme se pode observar no Anexo 1 do RICMS/BA, é de 27,23% (fl. 14), que se relaciona as aquisições oriundas de unidades da federação não signatária de acordo interestadual com alíquota interestadual de 12%, no caso específico os Estados de Sergipe e Goiás, conforme se observa as operações acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas relacionada no demonstrativo (fl. 04), objeto da autuação em análise.

Aplicando sobre a base de cálculo da substituição tributária a alíquota de 17%, deduzindo o crédito existente no documento fiscal, apura-se o valor do ICMS devido por antecipação tributária para a operação. É como procedeu o Fiscal Autuante na elaboração do demonstrativo à fl. 04 para apurar o montante de R\$ 80.485,36 de débito de ICMS por Antecipação Tributária na autuação em análise.

Portanto, descabe razão ao autuado em argüir a falta de respeito a não-cumulatividade do ICMS na autuação, pois, após determinar o ICMS devido para a operação, foi deduzido o crédito existente nos documentos fiscais, apurando-se o valor do ICMS a antecipar, cujo valor não foi recolhido pelo autuado quando da ocorrência do fato gerador, ora sendo cobrado pela presente autuação.

Em que pese ter o Fiscal Autuante procedido corretamente na composição dos elementos de formação da base de cálculo da substituição tributária, cometeu o erro em aplicar a margem de valor adicionado de 23,24% no demonstrativo de fl. 04, onde o percentual correto indicado no Anexo 1 do RICMS/BA para o açúcar, mercadoria objeto da autuação, é de 27,23%.

Por conta desse erro, há um agravamento no valor do Auto de Infração em análise, o que é vedado pela legislação vigente, devendo ser mantido o débito de R\$80.485,36, ao tempo que represento à autoridade competente, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, para que promova nova ação fiscal com o objetivo de exigir a diferença do imposto.

Não obstante tal ocorrência de erro na apuração do débito do auto em análise, constato que, pelo os registro das Notas Fiscais Eletrônicas no Livro de Entrada (fls. 15-16), relativo ao mês de janeiro de 2013, o Contribuinte Autuado lançou como crédito todo o ICMS destacado nas Notas Fiscais objeto da presente autuação, o que estaria vetado por se relacionar a mercadorias, no caso específico açúcar, acobertadas pelo instituto da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, o que caberia outra autuação que é a de uso do crédito tributário indevido, cabendo a autoridade competente, a exemplo do vício anterior, promover nova ação fiscal com o objetivo de exigir a glosa dos créditos indevido porventura tomado pelo autuado em relação às operações, objeto da presente autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº**207182.0018/12-0**, lavrado contra **MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.485,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA