

A. I. Nº - 210439.0051/12-8
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ERIVELTO ROCHA ALBERNAZ
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-03/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Considerando a inexistência de Convênio que prevê a retenção do imposto pelo remetente, é devido, pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação. Mantido o lançamento, haja vista que os fatos não foram negados, não foram apontados vícios formais no procedimento, e os fundamentos jurídicos não elidem a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/09/2012, refere-se à exigência de R\$57.723,58 de ICMS, acrescido da multa de 50%, pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a dezembro de 2007.

Consta, na descrição dos fatos, que de acordo com a orientação do Conselho de Fazenda Estadual, trata-se de refazimento dos Autos de Infração de números 295308.0828/07-7, 232893.0829/07-7, 299164.0909/07-0, 299164.0912/07-0, 295308.0912/07-8, 269130.1908/07-1, 232893.1110/07-6, 295308.1119/07-0, 232893.1119/07-3, 299164.1105/07-1, 295308.1126/07-6, 112889.1142/07-1 e 112889.1141/07-5, com as seguintes irregularidades: O contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou recolheu a menos na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de trigo em grãos e farinha de trigo, provenientes de outra unidade da federação e/ou do exterior no exercício de 2007.

O autuado apresentou impugnação às fls. 381 a 387 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, informando que tomou ciência do auto de infração em 24/09/2012, uma segunda-feira, iniciando-se a contagem do prazo no dia útil seguinte, ou seja, dia 25/09/2012. Sendo assim, decorridos os 30 dias preconizados em lei, o prazo fatal para a interposição da defesa ocorreu na data de 25/10/12, quinta-feira.

O defendente alega que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Salaria que de acordo com o previsto na legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. Diz que o cumprimento dos requisitos estabelecidos na legislação tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Alega que a falha apontada originou a apuração de valores indevidos no levantamento das notas fiscais dos produtos importados, pois se denota que o fiscal auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais. Que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, e tal fato por si só eiva de nulidade o Auto de Infração, pois desobedece ao art. 142 do CTN, que transcreveu. Diz que outro motivo de nulidade é o fato de a notificação não descrever como deveria a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando novo cerceamento de defesa. O defendente entende que se torna primordial a declaração de nulidade do auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não for entendido, requer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Em relação ao mérito, alega que o presente lançamento não tem esteio tributário e ainda, que as multas aplicadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira. Entende que a exigibilidade do tributo restará suspensa vista o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN.

Informa que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Que, habitualmente, as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Que tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresa nacionais, no tocante a importação e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

O defendente afirma que no caso em tela, apesar de não ter recolhido o ICMS por antecipação, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa. Diz que esta confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, visto a preliminar de nulidade argüida anteriormente, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal. Saliencia que o valor alocado pela autuação e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal. Transcreve o art. 150 da Constituição Federal e apresenta o entendimento de que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos infração. Diz que os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente. Após citar ensinamentos de Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, afirma que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas acostadas aos autos, nas quais o tributo devido pelo autuado foi corrigido de acordo com os índices preconizados em lei, somando-se ao total corrigido com juros, as multas pela infração. Entende que a penalidade da multa, se mantida a autuação, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Reproduz o art. 96 do CTN, concluindo que existindo cobrança a maior, os autos de infração perdem os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devem estes seguir ao arquivo administrativo da repartição fazendária. Em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais.

O defendente requer declarada a nulidade do Auto de Infração. Se assim não for entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas nas razões de defesa no tocante aos valores auferidos pelo autuante, comprovando as alegações de

erro na apuração do débito, e ainda, seja adentrado no mérito da defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se o defendente de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 392 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração é fruto de refazimento dos autos de números 295308.0828/07-7, 232893.0829/07-7, 299164.0909/07-0, 299164.0912/07-0, 295308.0912/07-8, 269130.1908/07-1, 232893.1110/07-6, 295308.1119/07-0, 232893.1119/07-3, 299164.1105/07-1, 295308.1126/07-6, 112889.1142/07-1 e 112889.1141/07-5, sob a orientação do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, e que por economia processual, foram reunidos em um único Auto de Infração de nº 210.439.0051/12-8.

Em relação à defesa apresentada, diz que o autuado tenta, apenas, discutir a legislação tributária e sua aplicação, e que esta matéria deve ser tratada em outras instâncias. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 399 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que o autuado fosse novamente intimado e lhe fosse entregue cópia do levantamento fiscal às fls. 07/08, mediante recibo, reabrindo o prazo de trinta dias para o autuado apresentar nova defesa. Que o autuante prestasse nova informação fiscal acerca das alegações defensivas, se o autuado apresentasse nova impugnação.

O defendente foi intimado na forma solicitada e apresentou nova impugnação às fls. 406 a 412 do PAF. Alega que as notificações restam eivadas de nulidade, porque o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo este um requisito indispensável para configurar a infração apontada. Comenta sobre os requisitos que devem constar no Auto de Infração e afirma que os referidos requisitos têm como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa. Ante a falha citada, afirma que a apuração dos valores no levantamento das notas fiscais dos produtos importados, denota que o autuante auferiu valores aleatórios no período fiscalizado. Afirma que a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal redundaram em erro do autuante, e este fato implica nulidade do Auto de Infração. Se assim não for entendido, o autuado requer sejam realizadas diligências para a constatação dos reais valores devidos, evitando detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito, o defendente alega que a exigibilidade do tributo restará suspensa, conforme estabelece o art. 151 do CTN, em razão da defesa apresentada. Comenta sobre as dificuldades enfrentadas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas impostas e diz que os valores da autuação fiscal e da multa imposta são reveladores da integral incapacidade de pagamento. Transcreve o art. 150 da Constituição Federal, e afirma que a multa aplicada, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual aplicado.

Em relação à multa aplicada, cita ensinamentos da doutrina e a legislação pertinente, afirmando que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas acostadas aos autos. Entende que as penalidades, multa e juros, se mantidos, deverão ser reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva e, existindo cobrança a mais, o Auto de Infração perde o requisito de liquidez e certeza, necessários à configuração da obrigação tributária passível de cobrança, restando impossível a sua manutenção. Por fim, requer seja declarada a nulidade da autuação fiscal.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 417 do PAF, dizendo que “o contribuinte tenta apenas discutir a legislação tributária e sua aplicação, portanto, assunto a ser tratado em outras instâncias”.

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 às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, e tal fato por si só eiva de nulidade o Auto de Infração. Entretanto, no levantamento fiscal às fls. 07/08 dos autos consta uma coluna específica indicando o número de cada nota fiscal correspondente a cada operação objeto da apuração do imposto exigido neste lançamento.

Vale salientar que à fl. 399 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que o autuado fosse novamente intimado e lhe fosse entregue cópia do levantamento fiscal às fls. 07/08, mediante recibo, reabrindo o prazo de trinta dias para o autuado apresentar nova defesa.

O defendente também alegou que outro motivo de nulidade é o fato de a notificação não descrever como deveria a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando novo cerceamento de defesa.

Observo que as multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Na presente autuação houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e das multas aplicadas, inexistindo obrigatoriedade de indicação de correção monetária e juros, que são apurados no ato de quitação do débito.

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.

O defendente pede que o presente PAF seja convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas nas razões de defesa no tocante aos valores auferidos pelo autuante, comprovando as alegações de erro na apuração do débito.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. 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.

Vale salientar que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos estabelecidos na legislação e o não atendimento desses requisitos é causa de rejeição do pedido sem que isso signifique cerceamento de defesa. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a dezembro de 2007. Aquisição de trigo em grãos e farinha trigo provenientes do Estado do Paraná, unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00.

Trata-se de refazimento de procedimento fiscal para cobrança do imposto apurado nos Autos de Infração de números 295308.0828/07-7, 232893.0829/07-7, 299164.0909/07-0, 299164.0912/07-0, 295308.0912/07-8, 269130.1908/07-1, 232893.1110/07-6, 295308.1119/07-0, 232893.1119/07-3, 299164.1105/07-1, 295308.1126/07-6, 112889.1142/07-1 e 112889.1141/07-5, julgados nulos pelo CONSEF.

Nos Autos de Infração anteriormente lavrados a acusação é de que foi constatada falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00

Nos julgamentos foram apresentadas as conclusões de que a fiscalização somente poderia ter sido feita no estabelecimento do adquirente da mercadoria porque o ICMS passou a ser devido na primeira operação com trigo efetuada pelo autuado, e a apreensão foi do trigo já transformado em farinha de trigo, ou seja, a imputação diz respeito a farinha de trigo, ao passo que a matéria fática diz respeito a aquisição de trigo para industrialização.

Também constam nos autos (fls. 256/258 – ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/09 e fls. 274/275 – ACÓRDÃO CJF Nº 0127-11/09), decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF com o mesmo entendimento de que, caberia à fiscalização do estabelecimento cobrar o imposto relativo ao trigo em grãos, apurando a base de cálculo de acordo com os parâmetros firmados no art. 506-A, parágrafo 2º, do RICMS, de modo a contemplar já todo o tributo devido nas operações posteriores.

No caso em exame, está comprovado pelos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCs), que em diversos casos houve a entrada neste Estado de farinha de trigo. Foi efetuada a apreensão de farinha de trigo pela fiscalização e os documentos demonstram que se trata de aquisição de trigo em grãos pelo autuado, remetido para industrialização, ficando confirmado que a farinha de trigo resultante da industrialização ingressou no Estado da Bahia acobertada por Notas Fiscais emitidas pelo industrializador.

Observe que em se tratando de recebimento de farinha de trigo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a antecipação do ICMS é prevista no art. 506-A, do RICMS/97, vigente à época dos fatos:

“Art. 506-A. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subseqüentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

(...)

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

I - tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao valor total de aquisição ou de recebimento das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescido da margem de valor

adicionado de 94,12% (noventa e quatro inteiros e doze centésimos por cento);

II - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos regulamentares acima reproduzidos, para a cobrança do imposto sobre a farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, a MVA aplicável é de 76,48%. Para o trigo em grão a MVA é 94,12%.

Procedendo aos cálculos do imposto devido, deduzindo os créditos fiscais a que faz jus o autuado e o valor recolhido conforme DAEs acostados aos autos, foram apurados corretamente os valores exigidos no presente lançamento, conforme demonstrativo às fls. 07/08 do PAF.

Nas razões de defesa o autuado não contestou os cálculos efetuados no levantamento fiscal e alegou que apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que se trata de recolhimento do ICMS com encerramento da fase de tributação, ou seja, efetuado o pagamento do ICMS por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização pelo adquirente de qualquer crédito fiscal, inclusive relativo ao imposto incidente sobre o serviço de transporte dessas mercadorias objeto de antecipação tributária (art. 356 do RICMS/BA/97).

Concluo que é procedente a exigência do imposto no presente Auto de Infração, considerando a inexistência de Convênio que preveja a retenção do ICMS pelo remetente, sendo devido pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 50%, conforme estabelece o art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei 7.014/96.

Por fim, o defendente afirma que a multa, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido. Pede que seja elaborada nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei.

Como já foi comentado na preliminar de nulidade, as multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, o Auto de Infração contém a indicação dos dispositivos da legislação tributária em que foi tipificada a infração e da multa correspondente, conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, inexistindo previsão legal quanto à obrigatoriedade de indicação de correção monetária e juros, que não são apurados no ato de quitação do débito.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 210439.0051/12-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.723,58**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR