

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0001/13-9
RECORRENTE - MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA. MOANIL DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0246-04/13
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 28/03/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0070-11/14

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 não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 4ª JJF, constante no Acórdão nº 0246-04/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 30/06/2013, em razão da falta de 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, no mês de junho de 2013. Valor: R\$63.369,40. Multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 73/75):

Inicialmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com o Demonstrativo (folha 05) e com os documentos acostados aos autos (folhas 10 a 44), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Afasto, portanto, a preliminar de cerceamento de direito de defesa, por ausência de cópias dos DANFE's acostados aos autos, pois constato que todos os quatorze documentos fiscais listados no referido demonstrativo (folha 05) possuem cópias acostadas às folhas 10 a 44 do presente processo.

No mérito, quanto à alegação de que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento autuado, o exame do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (folha 04) é revelador de que a apreensão ocorreu no interior do estabelecimento da impugnante, conforme dados dos campos "NOME/RAZÃO SOCIAL", "ENDEREÇO", "I.E." e "CNPJ/CPF".

Ademais, as cópias dos DANFE's, às folhas 10 a 44, identificam o estabelecimento da empresa Moanil Distribuidora de Alimentos e Moagem Ltda – EPP como sendo o destinatário das mercadorias comercializadas, documentos esses que se encontram, inclusive com a marca do carimbo, revelando o dia em que foi contabilizada a operação.

Assim, a despeito da negativa da empresa autuado, entendo que ficou comprovada a ocorrência do ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, principalmente à vista da ausência de outros elementos contábeis (de responsabilidade do contribuinte) que pudessem nos convencer do contrário.

Quanto ao questionamento acerca da metodologia levada a termo pelo autuante, com vistas a apurar o montante devido do imposto, constato (a partir das cópias dos documentos fiscais, folhas 10 a 44) que se tratam de mercadorias descritas como "Açúcar Cristal Standard", cujo NCM é "1701.99.00", estando enquadradas, portanto, no item "1" do Anexo "1" do RICMS/12. Sujeitas, assim, ao regime de substituição ou antecipação tributária, nos termos do art. 289 desse mesmo diploma regulamentar, cujo texto vai a seguir reproduzido, in verbis:

"Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

...

As operações com essas mercadorias gozam, portanto, de um tratamento tributário distinto das demais, sendo o destinatário alienante responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, nos termos do art. 8º, inciso II da Lei 7.014/96, abaixo reproduzida:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

...

Quanto ao momento de exigência do ICMS por antecipação tributária, a Lei 7.014/96 regulou a matéria no § 4º do art. 8º acima citado, reproduzido abaixo:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do

Art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembaraço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

...

Correta, portanto, a atitude do autuante em exigir o imposto do impugnante, o qual já deveria ter sido pago desde o momento do ingresso das mercadorias no território do Estado da Bahia.

O Demonstrativo (folha 05) revela que foi aplicada a MVA de 27,23% para efeito do cálculo do imposto devido. Em consulta ao Anexo I do RICMS/12 já referido, constato que as operações oriundas do Estado de Santa Catarina deveriam ser tributadas com um MVA de 34,46%, considerando que a alíquota interestadual neste caso é de 7%. Represento, assim, à autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/99 para que promova nova ação fiscal com o objetivo de exigir a diferença de imposto.

Quanto ao pedido eventual do impugnante no sentido de que se reconheça o direito ao crédito fiscal, entendo descabido uma vez que o autuante já fez a devida dedução do ICMS normal após a aplicação da MVA, conforme se encontra demonstrado à folha 05, coluna “Créd. Admitido”, na qual foi deduzido o crédito em conformidade ao que prevê o Decreto 14.213/12. Ademais, tais produtos encontram-se com a fase de tributação encerrada, nos termos do art. 9º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

...

Entendo, portanto, que deve ser mantido o lançamento.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 88/95, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Considera a antecipação tributária do ICMS uma presunção criada pela Lei e pela Constituição Federal, a fim de facilitar a fiscalização da arrecadação do ICMS, presunção relativa que admite prova em contrário por parte do contribuinte.

Exemplifica que as mercadorias registradas nos sistemas fazendários podem não ingressar no estabelecimento comercial comprador, em razão de furto, roubo ou outra circunstância alheia à vontade do contribuinte.

Assim, conclui que caso as mercadorias adquiridas não cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de confisco.

Observa que além de ter sido autuado pelo não recolhimento do ICMS antecipado devido por substituição tributária, também foi autuado por falta de pagamento de ICMS lançado em livros

fiscais.

Diz que a última infração comprova a regularidade de sua conduta de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam ou saem do seu estabelecimento comercial, ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial que desenvolve, eventualmente não possa recolher o tributo lançado.

Repete que possui o hábito de cumprir com suas obrigações tributárias acessórias, ainda que sem Recursos para arcar com a principal, razão pela qual seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção.

Neste contexto argui 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 é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial.

Assevera que é prático recorrente de estabelecimentos comerciais diversos, de má-fé e com a intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, efetuarem compras, em todo o Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas, considerando ser este o caso dos autos.

Entende, ainda, que o Auto de Infração em questão, não levou em conta a natureza não cumulativa do tributo.

Ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% (dezessete por cento) 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.

Considera que diante de eventual inexistência de lançamento de entrada de mercadorias na escrituração contábil, o autuante deveria ter arbitrado o valor de venda das mercadorias, com base numa estimativa razoável de lucro, apurado o ICMS devido nesta operação e abatido do ICMS devido na operação de entrada (devido por substituição tributária), para então apurar o valor efetivamente devido, o que não foi feito, contrariando o princípio da não cumulatividade.

Por fim, considera a multa aplicada absolutamente fora de propósito e confiscatória, requerendo a improcedência da multa aplicada.

A PGE/PROFIS, no Parecer exarado à fl. 100, da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas.

Observa que os documentos fiscais objeto da autuação foram apreendidos no estabelecimento do contribuinte autuado, consoante documento de fl. 04, por onde considera que a negativa de aquisição de mercadoria é descabida.

Ressalta que a alegação de desrespeito ao princípio da não cumulatividade também não deve prosperar, visto que os cálculos do ICMS exigido contempla a dedução do ICMS normal.

Por fim, verifica que a multa aplicada é a prevista em Lei para a infração imputada não cabendo ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade na forma do art. 167 do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0246-04/13, prolatado pela 4ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação relacionadas nos anexos 88 e 89.

O instituto da antecipação encontra guarida no art. 8º, II da Lei nº 7.014/96, bem como no art. 289 do RICMS/2012, abaixo reproduzido:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

As mercadorias autuadas são “Açúcar Cristal Standard”, com NCM nº. “1701.99.00”, que faz parte do referido Anexo “1” do RICMS/12, razão pela qual estão sujeitas ao regime da antecipação tributária, nos termos do artigo acima reproduzido.

No mérito, vejo que o Recorrente não impugnou o método de apuração do imposto cobrado, limitou-se a afirmar que desconhece a origem dos precitados documentos fiscais.

Verifico, em consonância com o voto de primeira instância, que os documentos fiscais autuados foram apreendidos no próprio estabelecimento do Recorrente, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos à fl. 04 dos autos, razão pela qual não merece guarida a alegação de que as aquisições foram feitas por estabelecimentos comerciais terceiros que utilizaram sua inscrição estadual de forma fraudulenta.

Na situação em exame, os demonstrativos foram efetuados com base em documentos apreendidos na própria empresa, não tendo o Recorrente logrado êxito em elidir a infração imputada.

Isso porque o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Cumpra observar que o princípio da não cumulatividade foi preservado, na medida em que o autuante ao realizar o demonstrativo de fl. 05 considerou o crédito admitido na entrada, que deduziu do ICMS normal após a aplicação da MVA.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Neste contexto, analiso que a multa aplicada à infração tem previsão expressa no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, sendo rechaçada a alegação de que tal multa é confiscatória, por ser legalmente prevista para a infração apurada.

Neste caso não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, pelo julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **088444.0001/13-9**, lavrado contra **MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA. (MOANIL DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.369,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.017/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS