

A. I. Nº - 180597.0005/12-9
AUTUADO - MOANIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA.
AUTUANTE - ARISTÓVIO FERNANDES PINHEIRO DA FONSECA
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-03/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. Infração não contestada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Em diligência realizada pelo autuante foram refeitos os cálculos, excluindo-se as operações cujas notas fiscais não foram carreadas aos autos. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2012, refere-se à exigência de R\$401.603,64 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$73.206,20, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 05.

Infração 02 - Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas na substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de abril a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$328.397,44, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo fls. 06 a 08.

O autuado apresenta impugnação às fls. 15 a 23, depois de reproduzir a acusação fiscal alinha as seguintes ponderações.

Afirma que o presente Auto de Infração deve ser nulo por vício de forma, já que deixou de cumprir formalidades legais essenciais à sua validade, visto que não foi formalizado o Termo de Início de Fiscalização ou documento inequívoco que faça com que o contribuinte tome ciência da realização da fiscalização tributária, bem como o respectivo período de apuração, para que pudesse juntar elementos que subsidiassem a sua defesa ou a apuração dos fatos geradores lançados.

Observa 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. Prossegue afirmando tratar-se, portanto, de uma presunção criada

pela Lei e pela Constituição Federal, a fim de facilitar a fiscalização da arrecadação do ICMS. Frisa que tal presunção não é absoluta, mas meramente relativa, ou seja, admite prova em contrário por parte do contribuinte. Arremata assinalando que o contribuinte pode 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.

Ressalta que, caso as mercadorias adquiridas jamais cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de se cair em confisco.

Explica 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.

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

Cita que a última infração comprova a absoluta regularidade da conduta do autuado 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, como ocorreu.

Destaca que diversas contingências podem atingir os empresários, como inadimplência de clientes, dívidas trabalhistas imprevisíveis e crises financeiras. Continua ponderando que mesmo submetido a tais circunstâncias adversas, no período compreendido entre 31/01/2011 a 31/12/2011, efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não o tenha recolhido. Diz que isso, por si só, comprova o hábito que possui de cumprir com suas obrigações tributárias acessórias, ainda que sem recursos para arcar com a principal, que é a de verter para os cofres públicos o tributo devido.

Afirma que seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção, repise-se, relativa, de ocorrência do fato gerador na antecipação tributária por substituição.

Sustenta que se não há registro em seus livros fiscais de entrada das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS, cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais tendo seu nome como destinatário comprador, é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial.

Relata que tem sido comum que estabelecimentos comerciais diversos, de má-fé e com a intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, têm efetuado compras, em todo o Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas, com crédito no mercado e regularidade fiscal. Acrescenta frisando que de maneira criminosa, efetuam compras junto a grandes fornecedores de mercadorias, fornecendo os dados de CNPJ e inscrição estadual de empresas sérias. Arremata ressaltando que, de algum modo, esses compradores conseguem fazer com que, após a carga transportada atravessar a barreira fiscal estadual, ela chegue a um estabelecimento diverso e completamente desconhecido daquele constante na Nota Fiscal de destino. Assinala que diversas denúncias fiscais já foram protocoladas na Secretaria da Fazenda, por muitos empresários, dando conta dessa situação catastrófica.

Reitera que sua escrituração fiscal é regular, mesmo quando não recolhe eventual Imposto por circunstâncias mercadológicas adversas, não deixando de registrar a entrada e saída das mercadorias pertinentes. Remata lembrando que foi autuada porque registrou a saída das mercadorias, mas não efetuou o recolhimento do ICMS devido.

Assegura que a escrituração fiscal, nesse caso, deve prevalecer, pois também possui presunção de veracidade. Repete sua tese de que a antecipação do ICMS por substituição tributária é uma presunção apenas relativa de que o futuro fato gerador venha a ocorrer, admitindo prova em

contrário. Diz que no presente caso, a prova em contrário é justamente a escrituração contábil-fiscal da autuada, a militar em seu favor, dadas as circunstâncias ante descritas.

Assevera que na verdade os fatos geradores presumidos jamais ocorreram, a julgar pelo cotejo entre os livros contábeis e os registros da Secretaria da Fazenda, colhidos nas barreiras fiscais do Estado da Bahia.

Remata reafirmando que, com relação ao ICMS antecipado por substituição tributária, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Aduz que, caso não seja acolhido o argumento anterior, melhor sorte não restará ao Auto de Infração em questão, isso porque na apuração do respectivo ICMS não foi levado em conta a natureza não cumulativa do tributo, significando que o montante do ICMS devido na operação anterior deve ser compensado contabilmente com o montante do tributo na operação seguinte.

Observa 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.

Destaca que mesmo admitindo-se que o fato gerador tenha ocorrido, certamente 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.

Assevera que o empresário regularmente estabelecido jamais deixaria de lançar mercadorias adquiridas na escrituração fiscal e as venda também sem a escrituração fiscal, como se fez neste Auto de Infração, porque sabe de antemão que toda a mercadoria adquirida fora da unidade federativa passa pelas barreiras fiscais e é registrada nos sistemas fazendários. Continua afirmando que o empresário sabendo disso prefere lançar as mercadorias adquiridas na escrituração fiscal, bem como suas respectivas vendas, ainda que não recolha o ICMS devido, já que neste caso deverá ao fisco apenas o ICMS apurado na operação de saída após ter se creditado do ICMS apurado na operação de entrada. Arremata assinalando que não escriturar equivaleria a dever ao Fisco o ICMS integralmente da operação de entrada, sem obter a compensação creditícia regular acima mencionada.

Afirma 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.

Ressalta que 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.

Sustenta que a multa aplicada, de 60% na infração à legislação tributária em questão é absolutamente fora de propósito e confiscatória.

Observa que uma das infrações, o acusa falta de recolhimento de ICMS já lançado em seus livros fiscais, para demonstrar que, sequer, houve má fé para justificar a imposição de penalidade tão gravosa.

Cita que o STF no RE523471 AgR/MG que afastou a aplicação de multa de 60% por ser confiscatória.

Afirma que, por isso, a multa imposta também deve o Auto de Infração ser julgado absolutamente improcedente.

Conclui requerendo que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal à fl. 25. Inicialmente, registra que as formalidades legais apontadas pelo defendente foram todas cumpridas e comprovadas, consoante “Termo de início de Fiscalização” e “Intimação para apresentação de livros e documentos”, que se encontram anexada aos autos.

Quanto à alegação do impugnante da “inexistência dos fatos geradores do ICMS por Antecipação Tributária”, esclarece que a infração cometida pelo contribuinte, encontra-se devidamente descrita no demonstrativo em anexo às fls. 06, 07 e 08. Afirma ter ficado provado que a empresa recebeu as mercadorias constantes das respectivas notas fiscais objeto dessa autuação. Arremata frisando que não consta no presente PAF, nenhuma prova em contrário apresentado pelo contribuinte quanto ao efetivo recebimento das mercadorias.

Conclui mantendo a autuação.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF deliberou converter os autos em diligência, fl. 33, à Infaz de origem para que o autuante anexasse aos autos e entregasse ao impugnante cópias de todas as notas fiscais arroladas no demonstrativo de apuração da infração 02.

Constatado que a diligência não fora atendida, tendo em vista que o autuante, em vez de anexar as cópias das notas fiscais aos autos e entregar ao impugnante, intimou o para que apresentasse os documentos “solicitados, fl. 36 e 42.

Mais uma vez em pauta suplementar os autos foram convertidos em diligência para que o autuante anexasse aos autos as cópias de todas as notas fiscais e elaborasse novo demonstrativo de débito somente constando as operações cujas notas fiscais forem localizadas e colacionadas aos autos e que fosse entregue ao autuado os elementos acostados e reaberto o prazo dedefesa.

O autuante no atendimento da diligência elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 53 a 55, e acostou as cópias das notas fiscais, fls. 56 a 126, intimou o autuado do resultado da diligência, no entanto, não entregou as cópias das notas fiscais e do novo demonstrativo.

Nova diligência foi determinada, fl. 145, para que fosse atendida integralmente a diligência e entregue as cópias dos documentos acostados na diligência anterior.

Depois de se constatar que não fora efetivamente entregue ao autuado as documentações coligidas na diligência anterior, na assentada de julgamento a 3ª JJF, novamente delibera pela conversão do processo em diligência, fl. 163, para que por meio de intimação fossem entregues ao autuado, mediante recibo, cópia do novo demonstrativo de débito e das notas fiscais e reaberto o prazo defesa.

Cumprida a diligência o impugnante se manifesta às fls. 169 a 175, e 182 a 188, repisando *ipsis litteris* todos os argumentos articulados em suas manifestações anteriores.

O autuante presta informação, fl. 191, reiterando seus argumentos alinhados nas informações anteriores e reafirmando que entregou todas as notas fiscais mediante recibo assinado pelo responsável da empresa autuada, fl. 179, conforme solicitado na diligência, fl. 162. Conclui asseverando que por não haver nada de novo mantém seu opinativo pela procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, sob alegação da falta do termo de Início de Fiscalização. Verifica-se à fl. 09, que o impugnante foi intimado para apresentação de livros e documentos fiscais que, ao teor do art. 127, II, c/c o §1º, III, ambos do COTEB, e do art. 26, III, do RPAF-BA/99, os quais preconizam que a “Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais” substitui o Termo de Início de Fiscalização.

Assim, superado o óbice relativo à ausência das cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, mediante a conversão dos autos em diligências saneadoras ao longo do

processo com vistas a fornecer todas as cópias e concessão de prazo ao impugnante para defesa, resta patente que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativo às fl. 05, no valor de R\$73.206,20.

Em relação a essa infração o impugnante reconhece o cometimento da infração ao asseverar que "...efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não tenha recolhido. Isso, por se só, comprova o hábito que possui a impugnante de cumprir com suas obrigações acessórias...", às fls. 17 e 18 de sua peça defensiva.

Logo, ante a ausência de lide em torno da infração 01 deve ser mantida a autuação

A infração 02 infração trata do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/99, no período de abril a dezembro de 2011, no valor de R\$328.397,44, conforme demonstrativo de débito às fls. 06 a 08.

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.

O defendente alegou a inexistência do fato gerador do ICMS nas operações arroladas no levantamento fiscal aduzindo que, se não há registro em seus livros fiscais de entradas das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS, cujas notas fiscais, constando seu endereço como destino, foram registradas nas barreiras fiscais, é porque essas mercadorias jamais ingressaram em seu estabelecimento.

Quanto à alegação do impugnante de que ocorrera desrespeito ao princípio da não-cumulatividade, não deve prosperar, eis que a sua alusão de que o montante do ICMS devido na operação anterior deve ser compensado com o montante do tributo na operação seguinte, resta integralmente atendida, como se verifica claramente no demonstrativo de apuração na coluna "ICMS Crédito" que indica a dedução do ICMS creditado de cada nota fiscal. Portanto, não há que se falar em desrespeito a não cumulatividade do imposto.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF o autuante informou que foram excluídas todas as notas fiscais, cujas cópias não foram localizadas, gerando um novo demonstrativo de débito acostado às fls. 53 a 55, reduzindo-se o débito para R\$316.635,57. Depois de sucessivas diligências o impugnante teve acesso integralmente ao resultado da diligência inclusive as cópias das notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal, nas quais constam integralmente seus dados cadastrais como destinatários das mercadorias.

O autuado, mesmo após tomar ciência integralmente do resultado da diligência e recebendo cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e do novo demonstrativo de débito que excluiu as notas fiscais não localizadas, se manifestou nos autos reiterando suas alegações articuladas em suas razões de defesa que, em resumo nega o cometimento da infração alegando, tão-somente, que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais que lastreiam a exigência fiscal, sem apresentar qualquer comprovação inequívoca para consubstanciar sua denegação.

Assim, fica evidenciado nos autos que a exigência fiscal está amparada na legislação, e o autuado apenas negou o cometimento da irregularidade, não apontou qualquer inconsistência e nem apresentou qualquer elemento capaz de elidir a autuação.

Concluo pela subsistência parcial da infração 02, no valor de R\$316.635,57, na forma discriminada no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fls. 53 a 55, depois de excluir as notas fiscais não carreadas autos.

No tocante ao questionamento do autuado quanto à multa exigida, alegando ter caráter confiscatório e inconstitucional, observo que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180597.0005/12-9**, lavrado contra **MAONIL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MOAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$389.841,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA