

PROCESSO - A. I. Nº 2691330301/14-7
RECORRENTE - CONQUISTA COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0233-03/14
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 10/04/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0065-11/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOR. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. ESTORNO PROPORCIONAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Inexistente nos autos o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório alegados pelo sujeito passivo. Fiscalização realizada em determinado exercício não enseja homologação do mesmo, restando ressalvado o direito de o Fisco iniciar novos procedimentos fiscais, desde que observado o prazo decadencial. Nulidade suscitada afastada. Sem razões de Recurso quanto ao mérito das exigências. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 27/03/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 49.284,46, em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS. Valor da exigência: R\$ 13.731,77;

02 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor da exigência: R\$ 14.900,15;

03 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência da falta de estorno proporcional do imposto em relação às saídas de mercadorias com redução da base de cálculo. Valor da exigência: R\$ 19.466,19;

Após a apresentação da defesa e prestação das informações fiscais a Junta apreciou a lide na sessão de 21/10/2014 (fls. 166 a 171), tendo decidido à unanimidade pela Procedência do Auto de Infração. É o que se depreende da análise do voto condutor do acórdão, abaixo reproduzido:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de quatro infrações descritas e relatadas na inicial, que serão objeto de apreciação.

O autuado afirmou que o fato de já haver sido fiscalizado para o mesmo período 01/01/2011 a 31/12/2011, por outro auditor fiscal que não teria encontrado qualquer irregularidade na empresa, teria cerceado seu direito de defesa, requerendo por isso, a nulidade da presente autuação.

O autuante em informação fiscal esclareceu que a alegada fiscalização anterior, que teria sido realizada por outro auditor fiscal, na verdade não aconteceu de fato, pois a Ordem de Serviço nº 504726/13 foi cancelada,

considerando que a Secretaria da Fazenda da Bahia teve outras prioridades a serem executadas na área da fiscalização. Posteriormente, quando julgado oportuno foi emitida a Ordem de Serviço nº 510689/13, que resultou no presente Auto de Infração.

Saliento que não existe qualquer impedimento legal para que as empresas sejam fiscalizadas mais de uma vez, em igual exercício. O crédito tributário pode ser constituído a qualquer tempo desde que não atingido pela decadência. Observo que no próprio corpo do Auto de Infração existe a ressalva de que é mantido o direito de a Fazenda Pública Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.

Ademais, vejo que o fato alegado pelo autuado não trouxe qualquer prejuízo ao pleno exercício de seu direito de defesa. O sujeito passivo foi devidamente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais. O Auto de Infração foi lavrado sob os ditames da Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas; descreve devidamente as infrações nos campos próprios e identifica o infrator, assim como, apresenta os percentuais da multa aplicada. O autuado recebeu os demonstrativos que deram suporte a cada irregularidade constatada e sobre cada item da autuação se manifestou, conforme se depreende da sua defesa.

O autuado alegou que se acaso houvesse sido encontrada alguma irregularidade fiscal em 2013, época da primeira fiscalização, poderia ter sido beneficiada com possível anistia fiscal que o Estado da Bahia, concedeu aos seus contribuintes, em novembro de 2013, ficando assim, prejudicada com esta segunda fiscalização.

Saliento que o sujeito passivo, sabedor de pendências tributárias com o Fisco, pode a qualquer tempo, desde que não iniciada ação fiscal, realizar denúncia espontânea na Secretaria da Fazenda, regularizando dessa forma, sem qualquer penalidade, qualquer ilícito tributário acaso cometido.

Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos I a IV e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares de nulidades arguidas, direta ou indiretamente, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se respectivamente, a recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativos da infração 01 – fl.10 e infração 02 – fls.12/24.

Em sua defesa o autuado apenas negou o cometimento de tais infrações. Não apontou erro a respeito do cálculo das mesmas. Disse que houve tão somente, equívocos em relação a aplicação correta ou não de dispositivos regulamentares do ICMS nas infrações em comento.

Compulsando os autos, vejo que na infração 01, o sujeito passivo recolheu a menos o ICMS substituição tributária no que se refere a aquisições de bebidas alcóolicas com NCM 2206 onde deveria ter aplicado a alíquota de 27%, estava incorretamente sendo calculada a 17%. Quanto à infração 02, o autuado deixou de reter e por consequência não recolheu o ICMS devido nas operações subsequentes realizadas dentro do estado da Bahia.

Na infração 03, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, a empresa que na qualidade de Atacadista é signatária de Acordo nos termos do Decreto 7.799/00 que lhe dá o benefício de redução da base de cálculo, o autuado quando das saídas destas mercadorias deveria estornar o crédito, no percentual correspondente à redução, nos termos da alínea “b” do art. 97 do RICMS/97, o que não o fez.

A infração 04 refere-se a falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

Observo que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar o não cometimento das irregularidades apontadas. Saliento que sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF/99. Neste caso, entendo subsistentes as infrações 01, 02, 03 e 04, deste lançamento fiscal.

O autuado nas razões de defesa entende que em caso de subsistência das infrações em questão, impõe-se ao julgador tributário, a faculdade de reduzir ou relevar a multa aplicada de 60% nas três primeiras infrações e a de 100% na quarta e última infração, tendo em vista que não houve dolo, fraude ou simulação por parte do

autuado, no presente Auto de Infração.

Saliento que as multas aplicadas encontram-se tipificadas no art. 42 da Lei 7.014/96, nos incisos e alíneas especificados no PAF. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com os termos em que proferida a Decisão de base, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário sustentando exclusivamente a nulidade do lançamento.

Com fulcro no quanto previsto no inciso II do artigo 18 do RPAF, aduz a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado com preterição ao seu direito de defesa. Esclarece que o exercício de 2011 fora objeto de procedimento de fiscalização anterior de cujo termo de encerramento não tomou ciência formal, conforme previsto nos artigos 127 e 127-B do COTEB.

Em razão disto, entende que o Fisco não poderia ter procedido a novo lançamento em relação ao mesmo exercício, afirmando que a ciência formal acerca do encerramento do procedimento anterior é imprescindível, especialmente no caso de constatação de irregularidades, hipótese em que teria tido a oportunidade de corrigi-las espontaneamente evitando, assim, novas exigências relativas à mesma matéria.

Diz que a fiscalização anterior não apontou a existência de infrações à legislação de regência, bem assim que só tomou ciência acerca do cancelamento da Ordem de Serviço anterior quando da prestação das informações fiscais o que não pode ser admitido sob pena de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta que há entendimento no sentido da impossibilidade de um procedimento de fiscalização não produzir efeitos homologatórios em relação ao exercício objeto da análise, sem, contudo, trazer à colação quaisquer excertos da doutrina ou jurisprudência que corroborem as suas assertivas.

Requer afinal sejam providas as suas razões de Recurso para que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou, alternativamente, a sua improcedência ou, em caso de manutenção da Decisão de primeira instância sejam canceladas as multas cominadas, tal como *autorizado pela legislação específica*.

Sem opinativo da PGE/PROFIS em face do valor envolvido.

VOTO

Conheço do Recurso em face da tempestividade e regularidade de sua interposição, pelo que passo a analisar as razões de apelo aduzidas.

Em apertada síntese, sustenta o Recorrente a nulidade do Auto de Infração em razão de o exercício fiscalizado ter sido objeto de procedimento anterior não formalmente encerrado nos termos dos artigos 127 e 127 B do COTEB. No seu entender, a falta de lavratura do Termo de Encerramento de Fiscalização relativo ao procedimento anterior teria lhe cerceado o direito de defesa em relação a este último.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Verifico que no campo situação da Ordem de Serviço nº 50472613 (fl. 159), emitida em 07/06/2013, consta a informação no sentido de que esta foi cancelada, de modo que, independentemente de o contribuinte haver sido intimado, nenhum procedimento fiscalizatório foi levado a efeito.

Nestes termos, não há o que se cogitar de lavratura de Termo de Encerramento de Fiscalização, tampouco de cerceamento de direito de defesa em relação ao novo procedimento. Nesta mesma senda, a partir do cancelamento da referida Ordem de Serviço a espontaneidade aplicável ao pagamento dos tributos eventualmente devidos em relação ao exercício fiscalizado, foi

readquirida de tal forma que também não procede a alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Demais disto, é assente que o procedimento de fiscalização ainda que regulamente concluído, relativamente a determinado não enseja a sua homologação, podendo as operações realizadas no seu decorrer serem objeto de novo procedimento conforme o Estado entenda conveniente ou oportuno, desde que respeitado, por óbvio, o prazo decadencial.

Ante ao exposto, afasto a nulidade suscitada, mantendo a Decisão proferida pela 3ª JF pelos seus próprios fundamentos.

Deixo de analisar o pedido de cancelamento das multas em face da inexistência de previsão legal ou regulamentar que autorize este órgão julgador reduzir ou cancelar penalidade cominada e, decorrência de descumprimento de obrigação principal, bem assim por falecer competência a este Conselho de Fazenda para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual, notadamente o artigo no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 **2691330301/14-7**, lavrado contra **CONQUISTA COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.284,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$48.098,11 e 100% sobre R\$1.186,35, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “e”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SEENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS