

A. I. N° - 152352.0008/14-2
AUTUADO - V C FILGUEIRAS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ME
AUTUANTE - NAJARA CRISTINA SENA GOMES
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET - 23/09/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0192-03/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS POR CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA CONVENCIONAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a.2)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b.2)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O autuado não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Fatos demonstrados nos autos. Não acatado pedido de diligência. Rejeitado a preliminar de nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 04/12/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$20.927,04, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - **07.21.02.** Recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de fevereiro e outubro de 2011, no valor de R\$1.590,17 - Demonstrativo à fls. 06 a 13 e CD - fl. 39;

Infração 02 - **07.21.01.** Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de janeiro, março a maio, agosto e setembro, novembro e dezembro de 2011, no valor de R\$12.377,54 - Demonstrativo à fls. 06 a 13 e CD - fl. 39;

Infração 03 - **07.21.03.** Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime Simples Nacional, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de agosto de 2010, janeiro, maio e julho de 2011, no valor de R\$1.305,47 - Demonstrativo às fls. 14 a 31 e CD - fl. 39;

Infração 04 - **07.21.04.** Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime Simples Nacional, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de maio, setembro a dezembro de 2010, fevereiro e março setembro a novembro de 2011, no valor de R\$5.653,86 - Demonstrativo às fls. 14 a 31 e CD - fl. 39.

O autuado, por meio de seu procurador com mandado à fls. 51, apresenta impugnação, fls. 43 a 49, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal articula os argumentos que se segue.

Registra que a autuante, apesar de zelosa e diligente, não cumpriu o prescrito no “inciso 3 do art. 39” do RPAF-BA/99, porquanto que não existe clareza quanto aos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação que compõem o Auto de Infração.

Frisa que a prova disto está nas infrações 01 e 02, nas quais ao relatar essas infrações apresenta alternativas do seu enquadramento, não sendo preciso na sua determinação, como prevê a legislação pertinente.

Indaga se a acusação é de que efetuou o recolhimento a menos de antecipação ou de substituição tributária, trata-se de dois institutos distintos e regulamentados pela legislação de forma independente, cada qual com seu enquadramento legal.

Menciona verificar que a autuante, quando da descrição dos fatos nos itens 01, 02, 03 e 04, fl. 01, apesar de informar sobre a infração à legislação tributária, não faz menção a que ano ou período se refere as referidas irregularidades.

Relata ser caso de nulidade da autuação nos termos do §1º do art. 18 do RPAF-BA/99, por conseguinte, estas infrações deverão ser excluídas do processo em apreço, porque os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos, portanto, nulo de pleno direito.

Diz que se verifica, igualmente, que a autuante, em seus demonstrativos de fls. 06 a 31, não informa a que infração esses demonstrativos se referem. Muito mais grave ainda, é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo estão consignadas a apuração.

Afirma que caberia a autuante explicar nos autos, em que se baseou para identificar que as infrações correspondem ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração. Destaca ser esse aspecto indicativo de um caso de nulidade processual.

Destaca que não há nos autos a precisão exigida pela legislação citada, para que possa exercer o seu direito de defesa. Assinala que a clareza e precisão a que se exige no Processo Administrativo fiscal, sobre o que consta do Auto de Infração lavrado pela autuante deixa a desejar, ensejando cerceamento do seu direito de defesa, por não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere, tendo a autuante passado por cima da legislação tributária pertinente, ou seja, exigindo o pagamento de tributo sem indicar o período supostamente infringido conforme acima demonstrado e comprovado no próprio processo administrativo fiscal citado, é um fato inadmissível, porque não previsto em lei. Arremata sustentando não ter como se defender, por desconhecer qual o período da ocorrência da suposta infração, o que resulta em cerceamento do direito de defesa e nulidade da autuação, o requer a sua aplicação nos termos do §1º do art. 18 do RPAF-BA/99, pelos vícios insanáveis constantes no Auto de Infração citados.

Em relação ao mérito das infrações 01 e 02, assinala que a autuante juntou ao Auto de Infração, demonstrativos e planilhas com valores relativos à ICMS devidos informado nestas infrações sem indicar o período ou o exercício fiscal ou contábil a que se refere esta autuação na descrição dos fatos, bem como, a que tipo de tributo corresponde essas infrações: antecipação parcial ou substituição tributária.

Informa que em sua grande maioria, o imposto, se refere a Antecipação Tributária, calculado e pago pelo remetente das mercadorias, conforme consta dos documentos fiscais juntados ao presente processo e outros pagos pela própria autuada, nos termos previstos na legislação pertinente, portanto, acredita haver equívoco por parte da autuante quanto a este fato.

Sustenta que os impostos devidos sempre foram pagos de acordo com a legislação regulamentar e nos prazos previstos em lei.

Observa que a autuante, ao proceder a fiscalização relativa a estas infrações não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo-se em vista que sua responsabilidade tributária é supletiva ou seja, deveria ter lavrado o Auto de Infração contra a empresa remetente da mercadoria tendo em vista os acordos e protocolos existentes entre os entes federados e, cobrado desta última (autuada), somente após esgotados todos os meios persuasórios conforme o previsto na legislação que regulamenta a matéria é que se poderia solicitar à autuada, o recolhimento do tributo devido. Assevera que a autuante está ferindo as normas regulamentares, em especial, o dispositivo no RICMS-BA/97, no qual está prevista a obrigatoriedade do pagamento de ICMS sujeito à substituição tributária total, quando há convênios, acordos e/ou protocolos entre entes federados, como é o caso, pela empresa remetente das mercadorias.

Assegura que, por não ter provado a autuante que tomou as medidas necessárias e legais (cobrado inicialmente da origem), está proibida de autuar da destinatária das mercadorias, pela supletividade, atribuindo-se o direito à autuada de recolher o imposto e, se devido, em última fase de cobrança, de forma espontânea, nunca autuada. Diz ser essa a previsão da norma regulamentar deste Estado, relativo ao período fiscalizado. Remata firmando que a autuação destes dois itens da autuação não procede, uma vez que não infringiu a legislação pertinente.

No que diz respeito às infrações 03 e 04, frisa que de a autuante equivoca-se quando afirma que estava omissa no que se refere ao recolhimento de ICMS relativo a antecipação parcial, conforme consta das infrações do Auto de Infração.

Revela que, de seus registros fiscais, constata-se que o imposto relativo a antecipação parcial já fora totalmente pago, conforme comprovam os documentos constantes do presente processo (DAEs e Notas Fiscais), nos termos da legislação pertinente.

Destaca que não deve prosperar a autuação, uma vez que o valor recolhido foi o efetivamente devido e não aquele constante da informação prestada pela autuante, em seus demonstrativos juntados ao Auto de Infração em apreço, sem precisar a que infração correspondem.

Registra que seu direito de defesa foi cerceado, por não constar dos autos as informações necessárias, legalmente exigidas, para sua fundamentação, não fornecida pela autuante. Prossegue revelando que a autuação não procede porque foi infringida a legislação pertinente ao não indicar o documento hábil que serviu de base de cálculo à autuação.

Requer que seja inicialmente acatada a preliminar argüida e, destarte, em assim não entendendo que seja, no mérito, julgado improcedente o presente auto de infração porque os fatos e fundamentos apresentados pela autuante, não podem prosperar ante a legislação pertinente.

Assevera que seus argumentos e fundamentos são claros, precisos e consistentes o que, torna o processo em apreço, improcedente de fato e de direito.

Pugna, diante dos fatos e fundamentos apresentados, que se determine diligência para que seja reexaminada a fiscalização a fim de que seja comprovada a verdade material dos elementos constantes do Auto de Infração.

Conclui requerendo a nulidade da autuação e, caso contrário, pugna pela improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal, fls. 57 e 59, depois de destacar de reproduzir o teor das infrações e resumir as razões de defesa do impugnante, pugna pela manutenção da autuação alinhando os argumentos a seguir sintetizados.

Inicialmente, depois de reproduzir o enquadramento legal, afirmando que todos foram devidamente registrados de forma perceptível, requer a manutenção da autuação.

Afirma que, caso não fosse para o exercício do direito inalienável de protestar, seriam inócuos os ACÓRDÃO JJF Nº 0192-03/15

argumentos adotados pelo autuado para amparar a nulidade suscitada pelo autuado.

Explica que o lançamento impugnado é um ato administrativo vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional de acordo com o art. 142 do CTN. Prossegue destacando que, por isso, foi realizado obedecendo aos procedimentos internos, orientações e formulários institucionais e em rigorosa sujeição legal.

Observa que ao contribuinte cabe o entendimento básico dos institutos da antecipação ou substituição tributária das operações fiscais de recolhimento a menos ou não recolhimento/omissão - condição inafastável para o exercício da atividade comercial - não obstante, tais esclarecimentos já terem sido exaustivamente realizados, por ocasião da entrega dos autos, inclusive com a presença de seu contador.

Revela que os fatos e fundamentos expressos nos autos são convergentes, coerentes e precisos.

Assevera que o requerimento de improcedência não deve prosperar, pois o autuado não apresenta prova de quitação dos créditos apurados com as infrações à legislação do ICMS, quando do lançamento por homologação ou estes levantados devidamente na oportunidade deste lançamento de ofício.

Revela que o autuado não atenta para o §5º do art. 8º da Lei nº 7.014/96, mandamento legal amplamente conhecido, inclusive, informado ao contribuinte quando dos atos de lançamento e com entendimento disponível no “Perguntas e Respostas do sítio oficial da SEFAZ, cujo teor reproduz.

Conclui reafirmando seu pedido pela improcedência do Auto de Infração, de acordo com o expedido, os demonstrativos, notas fiscais e comprovantes de pagamento anexados aos autos.

Consta, às fls. 61 e 62, intimação para ciência do sujeito passivo da informação fiscal, no entanto, não houve manifestação no prazo regulamentar.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, alegando falta de clareza e precisão na acusação fiscal exigidas pela legislação, sob os argumentos de que no autos ocorreram: **a)** - imprecisão na acusação fiscal nas infrações 01 e 02, por apresentar alternativas do seu enquadramento, antecipação ou de substituição tributária; **b)** - falha na “Descrição dos Fatos” nos itens 01, 02, 03 e 04, fl. 01, por informar sobre a infração à legislação tributária, sem mencionar a que ano ou período se refere as referidas irregularidades e; **c)** ausência, nos demonstrativos às fls. 06 a 31, da informação a que infração se referem, não constando o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas e também não indicam a qual o período fiscal ou contábil as infrações se referem.

Depois de examinar todas as ponderações articuladas pelo impugnantes cotejando os elementos que instruem os auto, constato que nenhum dos aspectos abordados para fundamentar o cerceamento de defesa em sua preliminar de nulidade suscitada condiz com a realidade dos fatos, eis que as peças que alicerçam a acusação fiscal não deixam qualquer dúvida no que diz respeito do cometimento das irregularidades configuradas nos quatro itens da autuação, bem como o dimensionamento das correspondentes bases de cálculo, explicitadas nos demonstrativos analíticos e sintéticos, acompanhados das cópias das respectivas notas fiscais, cujas cópias em CD foram entregues ao autuado, fl. 33.

Inicialmente convém salientar que a análise e compreensão da acusação fiscal de cada uma das infrações deve ser feita conjuntamente a partir do conteúdo de todos os elementos que integram o Auto de Infração, e não isoladamente, como aduziu o impugnante em sede de preliminar. Ou seja, o conteúdo aposto nos campos do Auto de Infração “Descrição dos Fatos” e na descrição individualizada de cada uma das infrações com o respectivo enquadramento legal, fls. 01 e 02, no Demonstrativo de Débito”, fls. 04 e 05, e nos Demonstrativos de apuração acostados às fls. 06 a 31

e no CD, fl. 33, suprem integralmente de forma minudente todas as informações necessárias e imprescindíveis a perfeita compreensão da exigência fiscal objeto do Auto de Infração, apurada que foi com base nos documentos e livros fiscais do próprio autuado, conforme termos de arrecadação e devolução, acostado às fls. 33 e 34.

No que diz respeito à indagação do impugnante se a acusação fiscal é referente a antecipação ou substituição tributária, resta evidente não ensejar qualquer dúvida, pela simples leitura da “Descrição dos Fatos”, do enquadramento legal, artigos 386, I e 371 do RICMS-BA/97, bem como da discriminação pormenorizada nos demonstrativos de apuração, fls. 06 a 13, que as infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, de recolhimento a menos e de falta de recolhimento de antecipação tributária referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional. Logo, não há como prosperar a pretensão do defendant.

Do mesmo modo, resta evidente que a alegada ausência, somente na “Descrição dos Fatos”, dos exercícios ou períodos em que foram apuradas as infrações, objeto da autuação, não possui o condão de mitigar a compreensão, pelo autuado, da perfeita cronologia da ocorrência das irregularidades, uma vez que se encontra devidamente detalhada, tanto a data de ocorrência, quanto a data de vencimento, em cada infração e nos demonstrativos de apuração e de débito acostados aos autos e entregues ao defendant.

Não procede também a alegação de que nos demonstrativos não constam a indicação da infração a que se referem, e os elementos em que a fiscalização se baseou para caracterizar as infrações. Eis que resta evidente a perfeita compreensão do claro detalhamento pormenorizado das informações contempladas nos demonstrativos de apuração elaborados pela autuante, tanto no título que trás a indicação “Antecipação Tributaria - Entradas” - referente às infrações 01 e 02 ou “Antecipação Parcial” - atinentes às infrações 03 e 04, quanto no corpo dos demonstrativos que identifica para cada nota fiscal, cuja cópia consta no CD, em colunas específicas todos os elementos indispensáveis à compreensão, ou seja, “passo a passo” para se obter o correspondente “ICMS a Pagar”, cuja totalização por período de apuração, resulta na exigência de cada uma das infrações, objeto da autuação.

Assim, por tudo quanto expedito, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que as infrações imputadas afiguram-se claramente descritas e 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive, os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar sua nulidade.

Em relação ao pedido do autuado para realização de diligência verifico que já existem nos autos os elementos necessários ao convencimento dos julgadores para a decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 do Auto de Infração exigem, respectivamente, do sujeito passivo, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, o crédito tributário atinente ao recolhimento a menos e a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Convém salientar que 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 mesmo acontecendo nas operações amparadas por convênio ou protocolo celebrado entre o Estado do remetente e o Estado do destinatário a falta de recolhimento ou o recolhimento a menos deve ser exigido do destinatário das mercadorias.

Além dos aspectos já abordados por ocasião do enfrentamento da preliminar de nulidade suscitada em suas razões de defesa, o autuado sustentou que na grande maioria das operações o imposto referente à antecipação tributária foi calculado e pago pelo remetente das mercadorias. Explicou que a autuante não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo em vista que sua responsabilidade é supletiva e que deveria ter sido lavrado o Auto de Infração contra os remetentes das mercadorias arroladas no levantamento fiscal, por força de Acordos e Protocolos celebrados entre os entes federados, e que, somente após envidados todos os esforços previstos na legislação é que lhe seria cabível a cobrança, ora exigida nesses dois itens da autuação.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação, ficando confirmada a informação da autuante de que todos os pagamentos de ICMS constantes nos sistemas INC e SIGAT, fls. 35 a 38, foram considerados no levantamento fiscal, conforme se pode observar nas colunas “ICMS RECOLHIDO”, do Demonstrativo 1 - Antecipação Tributária - ENTRADAS, fls. 06 a 11, e “RESUMOS - Demonstrativos 1.1 e 1.2 - Antecipação Tributária - ENTRADAS”, fls. 12 a 13. Ademais, o defendant não apresentou qualquer dado divergente do levantamento fiscal, após intimação regular com a concessão de prazo para a sua manifestação.

Concluo pela subsistência dos itens 01 e 02 da autuação fiscal, conforme demonstrativo de débito elaborado pela autuante, fls. 06 a 13, haja vista que, 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.

As infrações 03 e 04 cuidam, respectivamente, da falta de recolhimento e do recolhimento a menos da antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, conforme demonstrativo acostado às fls. 14 a 31.

O art. 12-A da Lei 7.014/96, estatui as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O impugnante sustentou em sua defesa que a autuante equivoca-se ao apurar sua omissão relativa ao recolhimento da antecipação parcial no período fiscalizado, uma vez que seus registros fiscais revelam que a antecipação parcial foi totalmente paga, nos termos da legislação pertinente conforme comprovam os DAEs e notas fiscais constantes dos autos.

Ao compulsar os elementos que compõem a acusação fiscal atinente a esses dois itens da autuação, constato que o levantamento fiscal, lastreado nos demonstrativos de apuração que discriminam individualizadamente cada nota fiscal de aquisições interestaduais no período fiscalizado, cujas cópias constam do CD entregue ao autuado, revelam de forma clara as irregularidades imputadas ao sujeito passivo.

Em relação à ponderação do autuado de que a autuante cometera equívoco na apuração, sem apontar objetivamente qualquer inconsistência no levantamento fiscal e nem carrear aos autos a comprovação de que recolhera integralmente a antecipação parcial devida no período fiscalizado, mesmo dispondo desses meios de prova, fica patente nos autos que se trata de mera alegação, eis que desprovida de suporte fático. Ademais, consoante previsão expressa no §5º do art. 123 do RPAF-BA/99, a prova documental deve ser apresentada por ocasião da impugnação.

Assim, por tudo quanto expendido acolho os demonstrativos de apuração e débito elaborados pela autuante, fls. 14 a 31, e concluo pela subsistência dos itens 03 e 04 da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152352.0008/14-2**, lavrado contra **V C FILGUEIRAS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.927,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA