

PROCESSO - A. I. Nº 179856.0068/15-9
RECORRENTE - REDE GLOBAL – COMÉRCIO E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA E CARTÕES LTDA. (GLOBAL TECNOLOGIA E CARTÕES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0170-01/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0063-11/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Não apresentado qualquer fato novo ou argumento de direito capaz de modificar a Decisão recorrida. Porcentuais de multas aplicadas em conformidade com lei vigente na época da ocorrência dos fatos geradores. Indeferido o pedido de realização de diligência/perícia. Rejeitado as nulidades suscitadas. Afastado a preliminar de mérito de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JF, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, através do Acórdão 0170-01/15, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 23/03/15, acusando recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial (Simples Nacional), referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado - R\$ 407.232,05, com multa de 60%.

Na Decisão proferida (fls. 145/154) foi fundamentado que:

A defesa apresentou sete preliminares de nulidade do lançamento. Na primeira, alega discrepância entre o histórico da autuação e os anexos, e ainda entre estes e os artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Alega nesse sentido que nas peças anexas à autuação o fisco se refere a uma suposta apuração do ICMS a recolher, através de arbitramento de base de cálculo pela falta de apresentação à fiscalização dos documentos fiscais e contábeis, porém, conforme se verifica, a autuação foi embasada em meros indícios, como será justificado, haja vista que o fiscal não procedeu a qualquer exame da escrita contábil ou fiscal do período em tela.

O autuado não deixou claro qual seriam as discrepâncias alegadas. Diz que o imposto teria sido apurado por meio de arbitramento em virtude da falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis, o que não é verdade, pois não houve arbitramento. Arbitramento é uma figura típica, cujo procedimento se encontra previsto nos arts. 22, 22-A e 22-B da Lei nº 7.014/96, e não foi aplicado neste caso.

Na segunda preliminar, alega que o agente fiscal não atendeu ao disposto no art. 8º, § 3º, do RPAF, segundo o qual as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, Recursos, Parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Tal alegação não merece guarida, haja vista o “atestado”, ou melhor, o recibo à fl. 7, no qual o preposto da empresa, Ed Robson Brum Silva, declara ter recebido todas as planilhas, os documentos e todas as Notas de Entradas e CD contendo Notas Fiscais eletrônicas.

Na terceira preliminar, alega falta de Termo de Início de Fiscalização. Argumenta que a lavratura do referido termo também é formalidade essencial e obrigatória, pois é prevista como norma cogente de ordem pública, em texto de lei complementar, dirigida aos agentes da fiscalização, no art. 196 e seu parágrafo único do CTN.

Assinala que o art. 196 do CTN traz importante regra, segundo a qual cabe à autoridade fiscalizadora o dever de lavrar termo inicial de fiscalização e de fixar prazo máximo para sua conclusão.

Na redação originária do RPAF, o inciso I do art. 28 previa que a autoridade autuante lavrasse Termo de Início de Fiscalização, para documentar o início do procedimento fiscal, e o inciso II previa que fosse lavrado, também, Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. A redação dos dispositivos era esta:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para intimar o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto no sentido de prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;”

Eram previstos, portanto, os dois termos, o de Início de Fiscalização, cuja finalidade era fixar o momento do efetivo início da fiscalização, e o Termo de Intimação, cuja finalidade era intimar o sujeito passivo para apresentar os elementos solicitados.

Como, porém, muitos fiscais não lavravam o referido Termo de Início, essa omissão era causa de nulidade do procedimento. Eram tantas as nulidades por descumprimento da norma, que foi preciso alterar a redação do inciso II, mediante o Decreto nº 7.887/00, passando então o inciso II do art. 28 do RPAF a ter esta redação:

“II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

Note-se que no final do inciso II consta que, agora, a emissão do Termo de Intimação dispensa a lavratura do Termo de Início.

Na quarta preliminar, o autuado questiona a falta de Termo de Encerramento de Fiscalização.

De acordo com o art. 30 do RPAF, quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o autuante consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado.

Na quinta preliminar, o autuado protesta que no presente caso a empresa irá se defender às cegas, pois não foram apresentadas nem fornecidas cópias dos demonstrativos elaborados pelo fisco, como determinam o RPAF e o CTN. Essa alegação não faz sentido, em face do “atestado”, melhor dizendo, recibo, à fl. 7.

Na sexta preliminar, o contribuinte alega falta de clareza do Auto de Infração, implicando prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

A descrição do fato foi feita de forma satisfatória: o contribuinte, inscrito no Simples, pagou a menos o imposto devido a título de antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias.

Na sétima preliminar, a defesa chama a atenção para o prazo de “prescrição” do crédito tributário.

Certamente a defesa se refere ao prazo de decadência. Não acato a preliminar suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2010. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – os relativos a março a novembro de 2010 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2010. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2011. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2015. O procedimento fiscal foi formalizado em 23.3.15, e o sujeito passivo foi intimado no dia 1º.4.15. Não houve decadência.

Quanto ao mérito, o autuado praticamente se limita a considerações abstratas acerca do instituto da substituição tributária.

Ocorre que neste caso não está sendo cobrado ICMS a título e substituição tributária.

A defesa considera que o agente fiscal deveria verificar a ocorrência do fato gerador e conferir se o montante do imposto pago pelo sistema usual pelo autuado corresponde ao devido. Alega que o fiscal deixou de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e preferiu calcular o montante do imposto, quando a empresa já havia tributado pelo sistema de substituição tributária de forma presumida e declarado em

documentos idôneos.

Ora, se a empresa considera que o imposto estaria pago por outros critérios, tal prova teria de ser feita pela defesa. Não há como acatar uma vaga alegação de que a empresa já teria tributado suas operações pelo sistema de substituição tributária de forma presumida. Que forma presumida seria essa?

Alega o autuado que o levantamento fiscal é impróprio para demonstrar a irregularidade imputada, por conter falhas técnicas, valores hipotéticos, cálculos aleatórios, em relação aos livros fiscais e à escrita da empresa.

Nesse aspecto, até certo ponto o contribuinte tem razão, pois os demonstrativos fiscais às fls. 8/40 não indicam quais as mercadorias objeto do levantamento. Para se saber se uma mercadoria está ou não sujeita ao pagamento da antecipação parcial, é preciso saber-se qual a mercadoria.

No entanto, não obstante essa falha, o fiscal autuante anexou os DANFES, conformem fls. 41/82, e desse modo está claro que se trata de mercadorias destinadas a comercialização e elas não estão enquadradas no regime de substituição tributária, sendo portanto devida a antecipação parcial.

A defesa alega que a empresa se encontraria na condição de substituída tributária, na comercialização de itens sujeitos ao referido regime (substituição tributária), e as respectivas receitas são destacadas no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples (PGDAS), de modo que estas sejam desconsideradas no cálculo do ICMS, pois neste caso não haverá valor a recolher referente ao ICMS próprio, porque o imposto foi calculado e recolhido integralmente pela indústria.

Tal alegação não faz sentido, pois o autuado não é contribuinte substituído, não sendo verdade que o imposto tivesse sido recolhido pela indústria.

Por fim, a defesa passa a discorrer acerca da diferença de alíquotas, com ênfase no tocante ao cálculo do imposto.

Neste caso, o lançamento nada tem a ver com diferença de alíquotas – o que está sendo cobrado é o ICMS devido a título de antecipação parcial recolhido a menos.

Quanto à reclamação acerca da aplicação da correção monetária e da aplicação da multa, que reputa ter natureza confiscatória, cumpre dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo o direito posto.

Indefiro o requerimento de diligência, por falta de fundamentação do pedido, e considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para formação de juízo pelo órgão julgador.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 164 a 202), foram reapresentadas a quase totalidade dos argumentos da defesa inicial (fls. 86/126), que dado ao caráter repetitivo, faço um resumo.

Foram suscitadas sete nulidades, sendo que com relação à primeira, afirma que merece reforma o julgamento proferido pela 1ª JJF, por conter “gravíssimas injustiças”. Em seguida foram suscitadas seis nulidades que versam sobre:

1. Discrepância entre o histórico da autuação, anexos e artigos do RICMS/97 infringidos. Alega que a apuração denota arbitramento de base de cálculo, pela falta de apresentação de documentos fiscais e contábeis, que configura indícios, sem proceder qualquer exame da escrita contábil ou fiscal do período;
2. Que o art. 8º, § 3º, do RPAF/BA, prevê que as peças processuais (informação fiscal, diligências, perícias, Recursos, Parecer da PGE) devem ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, fato que não ocorreu, contrariando os princípios dispostos no art. 2º, do citado Regulamento, o que configura cerceamento do seu direito de defesa previsto no art. 5º, LV da CF 88.
3. Não foi apresentado o Termo de Início de Fiscalização, previsto no art. 196 do CTN, e artigos 26, 28, II, e não se enquadra na situação de dispensa de lavratura previsto no art. 29 tudo RPAF/BA. Afirma que a omissão da lavratura do Termo de Início de Fiscalização constitui vício insanável do procedimento fiscal, tornando-se nulo o Auto de Infração;
4. Também, que não foi apresentado o Termo de Encerramento de Fiscalização com indicação dos valores constantes do demonstrativo do débito, o que configura descumprimento dos artigos 39, do RPAF/BA e 130 do COTEB.

5. Argumenta que falta de clareza do Auto de Infração, implicando prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, conforme disposto no art. 5º, LV, da CF 88, por não atender ao disposto nos arts. 39, III e IV, e 41 do RPAF, que trata dos requisitos da lavratura do Auto de Infração;
6. Ainda como preliminar de mérito, afirma que o Auto de Infração foi lavrado em 2015 exigindo ICMS relativo aos exercícios de 2010 a 2013, o que no seu entendimento “está eivado pela nulidade”, diante da “prescrição”, prevista no art. 174 do CTN, estabelece ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da data da sua constituição definitiva. Discorre sobre a constituição e suspensão da exigibilidade do crédito tributário previsto no art. 142 e 151 do CTN. Discorre sobre o previsto nos artigos 173 e 174 do CTN, afirmando que ocorre a extinção do crédito tributário em razão da (i) decadência – pela ausência de lançamento cinco anos após o fato gerador; (ii) prescrição – por falha de inscrição do débito na Dívida Ativa executiva e citação pessoal do devedor e (iii) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, durante o prazo de cinco anos para julgamento do processo administrativo, porém sem interrupção do prazo prescricional.

No mérito, discorre sobre a autuação e afirma que ao iniciar o procedimento fiscal o autuante deveria verificar a existência real do fato gerador, conforme previsto no art. 142 e 113 do CTN.

Alega que, a fiscalização deixou de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e preferiu calcular o montante do imposto, quando a empresa já havia tributado pelo sistema de “*substituição tributária*” de forma presumida e declarado em documentos idôneos, em total afronta aos arts. 142 e 148 do CTN.

Discorre sobre o instituto da substituição e afirma que a pessoa substituta exige o encargo tributário do substituído, e deve ser verificado o fato gerador determinante para calcular o ICMS, não havendo que se “*falar em perda de receita pela administração tributária nem em recolhimento de tributo*” por sua parte, visto que a “*mercadoria sujeita a substituição tributária, que, por conseguinte, já teve toda sua tributação efetuada*”, não há imposto a ser exigido.

Afirma que as mercadorias objeto da comercialização estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, o que foi declarado no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples (PGDAS), e neste caso, não haverá valor a recolher referente ao ICMS próprio, porque o imposto foi calculado e recolhido integralmente pela indústria.

Exemplifica que adquire *ar condicionado, lixeiras, etc.*, das indústrias para revenda, e o “*ICMS que seria devido já foi integralmente calculado e recolhido pelas indústrias, na condição de substituta tributária*”. Diz que o “*industrial passou a recolher o imposto por substituição tributária, este valor será cobrado do estabelecimento comercial na nota fiscal de fornecimento*” e não pode ser exigido novamente do estabelecimento comercial autuado, por ter encerrado o ciclo de tributação, o que configura a extinção da exigência do crédito tributário pelo pagamento (art. 156 do CTN).

Discorre sobre o cálculo do ICMS da diferença de alíquotas, indicando o enquadramento (art. 352-A, 125, II e §7º e 8º, cc art. 61, IX e art. 386 do RICMS/97 e art. 321, VII, “b” do RICMS/12).

Exemplifica que para uma aquisição no valor de R\$10.000,00 tributado com a alíquota de 7%, deve ser apurado a título de diferença de alíquota de 10% (17% - 7%) que resulta em valor devido de R\$700,00, porém a fiscalização “*erroneamente aplicou a base de cálculo o percentual de 17%, sem contudo efetuar a operação da diferença entre a alíquota prevista para as operações internas neste Estado*” em desacordo com o disposto no art. 69 da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, comenta as nulidades suscitadas e questiona em que a fiscalização se baseou para apurar a suposta existência de débito autuado e formula 22 questões (fls. 191 a 193), que espera serem respondidas pela fiscalização que de forma unilateral apurou o imposto por arbitramento.

Ressalta que dado à falta de precisão e clareza da infração não tem como se defender.

Destaca que a aplicação da correção monetária e da aplicação da multa de 60%, que reputa ter natureza confiscatória, possui vedação constitucional da utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV da CF 88), e ainda que a legislação em vigor (art. 52 da Lei nº 8.078/90) limita a multa de mora a 2% (dois por cento) do valor da prestação.

Requer a redução da multa aplicada nos termos do art. 96 do CTN, as medidas previstas na Lei 13.199/14 que prevê desconto na quitação de multas referentes ao inadimplemento de ICMS, faz um resumo das nulidades suscitadas, limitação do percentual da multa, realização de diligência e requer que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou convertido em diligência para apurar os valores corretos, redução da multa ou ainda, a insubsistência da autuação.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 206/211, inicialmente ressalta que se trata de exigência de ICMS antecipação parcial, de empresa optante do Simples Nacional, referente a mercadorias adquiridas fora do estado e destinada a revenda.

Preliminarmente, ressalta que a alegação relativa a inconstitucionalidade da multa não pode ser apreciada pelo órgão julgador, face ao disposto no art. 167, II do RPAF/BA, visto que a multa aplicada é prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Que o pedido de realização de diligência deve ser objeto de indeferimento pelo órgão julgador, face aos elementos probatórios constantes dos autos, não demandar conhecimento técnico e convicção do julgador (art. 147, I e II do RPAF/BA).

Aduz que a imputação fiscal é clara e atende o disposto no art. 39 do RPAF/BA.

Deve ser rechaçadas as preliminares de nulidades, por inexistir falhas no lançamento e não apresentar qualquer prejuízo [ao exercício de defesa] do contribuinte, visto que o Auto de Infração descreve a natureza da infração, com recebimento das planilhas (fl. 7) que dão suporte a lavratura do Auto de Infração, por meio de adoção de roteiro próprio de auditoria e não de arbitramento, possibilitando ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa.

Discorre sobre as nulidades suscitadas, afirmando que a ação fiscal foi precedida de Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, que dispensa o Termo de Início de Fiscalização e que há dispensa do Termo de Encerramento, quando o Auto de Infração for emitido pelo sistema oficial de processamento de dados da SEFAZ.

Destaca que o julgador da primeira instância indeferiu o pedido de realização de perícia/diligência, de forma fundamentada (art. 147 do RPAF/BA), o que deve ser seguido na Segunda Instância.

Também que não se sustenta a tese de Decadência, visto que os fatos geradores do exercício de 2010 começa a contar no primeiro dia do exercício seguinte, nos termos do art. 173 do CTN, logo o lançamento poderia ser efetivado até 31/12/2015, tendo ocorrido em 23/03/15.

No mérito, afirma que não foram apresentadas provas materiais capazes de alterar a exigência fiscal, visto que o cerne da questão não foi enfrentado, conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA. Ressalta que ao teor do art. 142 do citado Regulamento, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório que disponha importa em presunção da veracidade da afirmação da parte contrária. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente formulou quesitos (fls. 191/193) que espera serem respondidos mediante realização de diligência/perícia fiscal.

Verifico que os questionamentos estão imbricados com o mérito da questão, que será apreciado no momento próprio. De um modo geral, o sujeito passivo questiona como a fiscalização chegou a conclusão de existência de débitos, e dificuldade de compreender o demonstrativo de débito, a

origem dos fatos, documentação fiscal em que se baseou.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que as planilhas elaboradas pela fiscalização (fls. 8 a 40) indicam os valores de aquisições de mercadorias adquiridas em outros estados e destinados à comercialização, relacionando as notas fiscais acostadas às fls. 41 a 82, referentes ao estabelecimento autuado. O cálculo do ICMS antecipação parcial foi apurado mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação e deduzido o crédito fiscal grafado nas aludidas notas fiscais. Dos montantes apurados por mês, foram deduzidos os valores recolhidos pelo estabelecimento autuado, o que resultou nas diferenças devidas e exigidas.

Assim sendo, constato que em se tratando de pedido para verificação de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que sejam da posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, nem a prova do fato depender de conhecimento especial de técnicos, bem como desnecessária em vista das provas juntadas aos autos, indefiro o pedido, nos termos do disposto no art. 147, I e II do RPAF/BA.

O recorrente suscitou sete nulidades, sendo que para a primeira alegou apenas que a Decisão da primeira instância configura uma injustiça. Não tendo apresentado qualquer fundamento de direito, ou fato controverso, deixo de apreciar.

No que se refere às outras seis nulidades suscitadas, constato que as mesmas foram apresentadas na defesa inicial e foram devidamente apreciadas na Decisão ora recorrida.

No tocante à primeira nulidade suscitada, argumenta que há apenas indícios de irregularidades e que o imposto foi exigido por meio de arbitramento, sem proceder ao exame da escrita contábil/fiscal.

Conforme apreciado na Decisão da Primeira Instância, não houve arbitramento da base de cálculo, nem o lançamento se baseia em indícios, visto que os demonstrativos acostados às fls. 8 a 40 do processo, relacionam as notas fiscais de aquisições de mercadorias em outro estados feitas pelo recorrente e destinadas a comercialização, cujas cópias das notas fiscais foram acostadas às fls. 41 a 82. Portanto, não se trata de arbitramento e sim de um levantamento fiscal. Também foi indicado na descrição da infração que foi efetuado recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial e o levantamento fiscal indica o montante devido mês a mês, e deduzido o valor que foi recolhido, o que indica recolhimento a menos do que o devido. Logo, os demonstrativos e documentos acostados aos autos coaduna-se com a infração apontada.

Quanto a segunda preliminar, o recorrente argumenta que não foram fornecidos os demonstrativos em meio magnético, o que implicou em cerceamento do seu direito de defesa.

Observo que conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, o representante legal da empresa, assinou o documento acostado à fl. 7, no qual declarou ter recebido planilhas, documentos e todas as Notas de Entradas e CD contendo Notas Fiscais eletrônicas.

Portanto, não pode ser acolhido o argumento de que foi descumprido o previsto no art. 8º, § 3º, do RPAF/BA [papel e, também, em disco de armazenamento de dados], sob alegação de que teve cerceado o seu direito de defesa, visto que recebeu os demonstrativos e planilhas elaborados pela fiscalização, possibilitando o exercício do contraditório. Ressalte-se que o mencionado dispositivo regulamentar trata de petições, e indica no fim de que “*conforme o caso*”, isso significa que no caso de uma petição impressa com uma única folha, não seria necessário entregar, também em meio magnético, além do fornecido impressos.

Da mesma forma, caso o demonstrativo impresso tivesse um montante de informações relevantes, seria de bom alvitre fornecer cópia em meio magnético, de forma que facilitasse o seu manuseio na produção da defesa e caso não tivesse sido feito, poderia ter sido saneado pelo órgão julgador, sem implicar em declaração de nulidade.

Quanto a terceira preliminar, diz que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização, que

constitui uma formalidade essencial e obrigatória, prevista no art. 28 do RPAF/BA. Constatado que, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a fiscalização em 24/02/15 intimou o contribuinte para fazer entrega ao Fisco de livros e documentos fiscais (fl. 06), em conformidade com o disposto no art. 28, II do RPAF/BA, que estabelece:

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para intimar o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto no sentido de prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização".

Portanto, a finalidade dos termos de Início de Fiscalização e de Encerramento de Fiscalização, pode serem substituídos pelo Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos fiscais, o qual é previsto no inciso II do art. 28 do RPAF/BA.

Assim sendo, o Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos acostado à fl. 06 do processo, cumpre a mesma finalidade, ou seja, dar conhecimento de que teve início dos trabalhos de fiscalização. Por isso, não acato a nulidade suscitada.

Relativamente a quarta preliminar de nulidade suscitada, o recorrente alega que o lançamento deve ser declarado nulo em razão do cerceamento do seu direito de defesa, por o Auto de Infração não se fazer acompanhar do Termo de Encerramento de Fiscalização, para não ter dúvida quanto ao demonstrativo do débito (art. 39 do RPAF/BA e art. 130 do COTEB).

Dispõe o art. 30 do RPAF/BA:

Art. 30. Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o Auditor Fiscal consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado.

Logo, quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, o que ocorreu na situação presente, fazendo-se acompanhar de demonstrativos de cálculos do ICMS-antecipação parcial exigido (fls. 08 a 40), cujos valores totais mensais foram transportados para o Auto de Infração e demonstrativo de débito (fls. 1 a 4).

Dessa forma, fica rejeitada a nulidade pretendida.

Quanto a quinta preliminar, o recorrente alega ocorrência de prejuízo ao exercício do contraditório, sob alegação de que falta clareza na descrição da infração.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a infração acusa recolhimento a menos do ICMS-antecipação parcial, referente à aquisição de mercadorias fora do Estado, com indicação do enquadramento nos artigos 352-A, 125, II, 61, IX e 386, I do RICMS/97.

Por sua vez, os demonstrativos de fls. 8 a 40, relacionam os valores constantes das notas fiscais, cujas cópias foram acostadas às fl. 41 a 82, as quais indicam as características das mercadorias.

Pelo exposto, o conjunto dos elementos contido no processo, permitem identificar com clareza a infração, valores apurados, operações originárias e normas infringidas, motivo pelo qual não pode ser acolhida a nulidade suscitada sob argumento de falta de clareza da infração, visto que à descrição dos fatos, demonstrativos, inclusive de débitos denotam que houve recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial no período fiscalizado, conforme previsto no art. 39 do RPAF/BA.

No que se refere a sexta preliminar, o sujeito passivo argumenta que se considerado a data da ocorrência dos fatos geradores e da lavratura do Auto de Infração, ocorreu prescrição do crédito tributário, nos termos do art. 174 do CTN que prevê prazo de cinco anos para ação de cobrança do crédito tributário, "contados da data da sua constituição definitiva", bem como, a ocorrência da

extinção do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário previsto no art. 173 do CTN.

Com relação à prescrição, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 23/03/15 e refere-se a fatos geradores ocorridos no período de março/2010 a dezembro/13, logo, não há do que se falar em prescrição de ação de cobrança do crédito tributário pela Fazenda Pública Estadual.

No que se refere ao prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, o art. 173, I do CTN, estabelece prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado. Na situação presente, para os fatos ocorridos no mês de março de 2010, teria início da contagem a partir de 01/01/11 e se encerraria em 31/12/15, não materializando a decadência pretendida.

Mesmo que tivesse sido invocado o disposto no art. 150, § 4º do CTN que prevê contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência dos fatos geradores, não teria se materializado a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2010, relativos a março a novembro de 2010, lançado no mês de março do exercício de 2015.

Pelo exposto, restou comprovado que não se aplica ao caso a ocorrência da prescrição e rejeitada a preliminar de mérito da decadência, tendo em vista que não ocorreu a sua materialização.

No mérito, o recorrente argumenta que a fiscalização não verificou a “*ocorrência do fato gerador*”, calculando o montante do imposto que “*a empresa já havia tributado pelo sistema de substituição tributária*” (fl. 183), cujo ICMS devido por substituição já teria sido recolhido pelo fornecedor (indústria).

Observo que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, os demonstrativos acostados às fls. 8 a 40 relacionam aquisição de mercadorias adquiridas em outros estados, destinadas a revenda que se enquadra na hipótese de incidência do ICMS antecipação parcial (art. 352-A do RICMS/97).

Portanto, não se trata de exigência do ICMS a título e substituição tributária, bem como as mercadorias objeto da autuação relacionadas nas notas fiscais de aquisição (fls. 41 a 82) não são enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo de micro system, fragmentadoras, plastificadoras, impressoras, refrigeradores, telas, bebedouros, snooker, fax, telefones, cafeteiras, televisores, fornos de micro-ondas, etc.

Observo ainda, que ao contrário do que foi afirmado, não há indicação de retenção de ICMS-ST em nenhuma nota fiscal acostada ao processo. Portanto, descabida a alegação de que o imposto foi retido pelos fornecedores e que foi exigido o imposto que já foi pago antecipadamente.

No tocante a alegação de que a fiscalização aplicou a alíquota interna (17%) sobre o valor da mercadoria adquirida ao invés de aplicar o percentual da diferença entre a alíquota interna e interestadual ($17\% - 7\% = 10\%$), indicando o art. 69 do RICMS/97 e art. 268, §4º do RICMS/12), observo que conforme apreciado na Decisão da primeira instância, não se trata de exigência do ICMS da diferença de alíquotas, que se aplica as aquisições de mercadorias destinadas a uso/consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento.

Na situação presente, em se tratando de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, o art. 12-A da Lei nº 7.014/96 prevê:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Neste caso, a apuração do ICMS antecipação parcial é feito mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo (art. 23, III - em relação à *antecipação parcial do imposto*, estabelecida no art. 12-A), portanto, correta a metodologia aplicada pela fiscalização.

Por fim, com relação a atualização monetária e da aplicação da multa, observo que a atualização

do débito e de acréscimos de mora é previsto no art. 32 e a multa de 60% é prevista no art. 42, II, “d” tudo da Lei nº 7.014/96, portanto são legais. Quanto ao argumento de que a multa possui efeito confiscatório, observo que conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Portanto, não merece qualquer reparo a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **179856.0068/15-9**, lavrado contra **REDE GLOBAL – COMÉRCIO E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA E CARTÕES LTDA. (GLOBAL TECNOLOGIA E CARTÕES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$407.232,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS