

PROCESSO - A. I. Nº 152533.1059/15-3
RECORRENTE - DENTAL CONFIANÇA LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF Nº 0127-04/16
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0261-11/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. PAGAMENTO A MENOS. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão de primeira instância ter julgado Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/10/15, o qual exige ICMS no valor de R\$59.986,56, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$52.136,96, por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (período de janeiro de 2014 a julho de 2015). Multa de 60%;

Infração 2 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial no valor de R\$7.849,60 na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (período de janeiro de 2014 a junho de 2015). Multa de 60%.

A 4ª JJF apreciou a lide em 26 de Julho de 2016, decidindo pela Procedência, por unanimidade, nos seguintes termos abaixo transcritos:

“VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de duas infrações, relativas à antecipação tributária e à antecipação parcial.

Em sua impugnação, o autuado suscitou apenas a nulidade do Auto de Infração com base nas seguintes alegações, em suma:

- 1. presunção de omissão de saídas sem que tivesse sido realizado o roteiro de levantamento de estoques;*
- 2. não foi apresentada justificativa para o percentual adotado no arbitramento da base de cálculo;*
- 3. “o Auto de Infração também é nulo porque não indica que a suposta omissão foi constatada por presunção”.*
- 4. “não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo, o que também gera nulidade do lançamento, ora fustigado”;*
- 5. “os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações no Auto de Infração quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota”.*

Percebe-se claramente que os argumentos acima listados referem-se a uma autuação baseada em arbitramento da base de cálculo do tributo, hipótese totalmente dissociada das acusações indicadas neste Auto de Infração, que trata, como dito acima, de falta de recolhimento do ICMS em razão da antecipação tributária e da antecipação parcial nas entradas interestaduais de mercadorias no estabelecimento. Sendo assim, não há como acatar as alegações defensivas.

Deixo, ainda, de aceitar a tese do contribuinte, de que a autuação não apresenta “elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida”, considerando que as acusações foram claras e bem descritas permitindo o contraditório e a ampla defesa.

Também não há como acolher a alegação, de que teria havido “omissão de entradas de mercadorias tributáveis, bem assim a suposta recusa na apresentação de livros fiscais”, porque são infrações totalmente distintas daquelas relacionadas nesta autuação.

No mérito (embora o argumento tenha sido incluído como nulidade), o sujeito passivo alegou que “não se consumou o fato gerador do ICMS uma vez que as mercadorias não se incorporaram ao seu estoque”.

Como se trata de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, vejamos o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06 sobre os institutos da antecipação tributária e da antecipação parcial:

Art. 13. *O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:*

(...)

§ 1º *O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:*

(...)

XIII - ICMS devido:

a) *nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; (redação da época dos fatos geradores)*

(...)

g) *nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:*

1. *com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;*

2. *sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;*

A Lei nº 7.014/96, por sua vez, determina que a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação tributária e parcial ocorre nas entradas das mercadorias no estabelecimento. Vejamos a seguir o que dispõe a Lei nº 7.014/96 sobre a incidência e base de cálculo do tributo:

Art. 8º *.....*

(...)

§ 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 desembarço aduaneiro, tratando-se de:*

a) *mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;*

(...)

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.*

§ 1º *A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

(...)

III - *antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*

(...)

Art. 23. *Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:*

(...)

II - *em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes: a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*

(...)

b) *o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*

c) *a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação*

III -interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Sendo assim, há de se concluir que a presente autuação encontra amparo na legislação que rege a matéria, estando corretos os valores apurados, haja vista que não foram especificamente impugnados pelo autuado.

Quanto à multa indicada, de 60% (e não 100%, como alegado pelo contribuinte), está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, descabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do artigo 167, incisos I e III, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF/99, repetindo integralmente os termos apontados na Impugnação de Lançamento (Defesa).

Assim, manteve o fundamento da tese recursal na nulidade do Auto de Infração, informando que houve suposta omissão, sem que, em tempo anterior à lavratura do Auto de Infração, fosse realizado o devido levantamento quantitativo das mercadorias objeto da autuação, esta baseada na ausência de recolhimento do ICMS relativo à respectiva entrada neste Estado da Federação.

Aduz que não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa para o percentual adotado no arbitramento do valor do tributo, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e a ampla defesa, previsto no art. 5º, LV da CF/88.

Afirma que a presunção de que ocorreu a incorporação ao ativo da empresa autuada, não autoriza a consideração da base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes, sendo o Auto de Infração nulo porque não indica que a suposta omissão foi constatada por presunção.

Sustenta que o Fisco Estadual violou o art. 142 do CTN, tendo em vista o erro crasso no levantamento da base de cálculo do tributo, com conteúdo totalmente errôneo, que não corresponde à realidade da circulação de mercadorias pelo contribuinte e, afirma ainda que não existe regulamentação legal para a apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo, o que também gera nulidade de lançamento.

Ademais, entende que o referido lançamento é defeituoso e eivado de nulidade, por desrespeitar os requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado, citando o art. 5º, XXXV e LV da CF/88.

Alega que se torna descabida a autuação relativa à suposta omissão de entradas de mercadorias tributáveis, bem como a suposta recusa na apresentação de livros fiscais, sem o devido processo administrativo para apurar a ocorrência e ratificar eventual recusa injustificada.

Deste modo, entende ser o lançamento defeituoso, produzido em desacordo com as alterações contempladas em normas que regula a sua produção, afirmando que houve desrespeito ao art. 145 do CTN, o qual disciplina sobre a alteração de lançamento por motivo de antijuridicidade.

Por fim, impugna a multa de 100% (sic) aplicada e requer seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração e do lançamento impugnado, bem como a sua improcedência.

VOTO

O presente Recurso Voluntário objetiva a reapreciação da Decisão proferida pela 4ª JJF, que entendeu pela Procedência do Auto de Infração.

O recorrente alega em sua tese recursal os mesmos argumentos apontados na impugnação do lançamento, sem sequer retificar o valor erroneamente citado em relação à multa aplicada pela autoridade fiscal (60% ao invés de 100%) e apontada tanto na informação fiscal quanto no Voto de primeira instância.

Ademais, como bem disse a relatora de piso, as alegações trazidas na peça defensiva não possuem relação com as autuações que originaram o referido Auto de Infração, já que não se está

discutindo o arbitramento da base de cálculo do tributo, mas sim a falta de recolhimento do ICMS em razão da antecipação tributária e parcial das entradas interestaduais de mercadorias no estabelecimento da empresa autuada.

Primeiramente, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração por insuficiência de elementos para determinar com segurança a infração, vez que as infrações estão nitidamente descritas, bem como consta anexo ao Auto os DANFES (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) do período autuado, comprovando a entrada das mercadorias. Deste modo, foi entregue ao recorrente todos os documentos que ensejaram o Auto de Infração, inexistindo óbice à sua defesa e insegurança na apuração do referido PAF.

Ademais, a alegação de presunção de suposta omissão por não ter havido o levantamento quantitativo das mercadorias não merece guarida, já que a empresa autuada apresentou os DANFES solicitados, os quais corroboram com os cálculos formulados no demonstrativo de débito apresentado pela autuante. Insta ressaltar que em nenhum momento o recorrente apresentou documentos que pudessem comprovar o recolhimento do imposto devido ou confrontar os cálculos realizados pela autoridade fiscal.

Aduziu erroneamente o recorrente que não houve fato gerador do tributo, já que as mercadorias não se incorporaram ao estoque ativo do autuado. Importante salientar que é a entrada das mercadorias no território do Estado o fato gerador do ICMS e não a incorporação das mercadorias ao estoque, como dito pelo contribuinte. Tal entendimento encontra-se consolidado na Lei nº 7.014/96, o qual demonstra em seu art. 12-A, §1º, III a obrigatoriedade da antecipação parcial do imposto nas entradas interestaduais de mercadorias no Estado da Bahia.

Mesmo se tratando de empresa enquadrada no Simples Nacional, a LC 123/06 é taxativa ao determinar que o recolhimento do ICMS nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto nas aquisições em outros Estados ou Distrito Federal (art. 13, §1º, XIII, “a” e “g”).

Quanto à alegação de omissão de entrada de mercadorias tributáveis e suposta recusa na apresentação de livros fiscais e eventual lesão ao direito, tal afirmação está fora de contexto, já que tais infrações não são objetos do referido Auto de Infração.

No que pertine à aplicação da multa de 60%, em conformidade com o art. 42, II “d” da Lei nº 7.014/96, este Colegiado não tem competência para examinar a inconstitucionalidade da legislação utilizada, restando prejudicado o pedido de afastamento de sua aplicação ou sua redução.

Por fim, Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso que julgou PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

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 **152533.1059/15-3**, lavrado contra **DENTAL CONFIANÇA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.986,56**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - RPGE/PROFIS