

A. I. Nº - 206961.0002/15-3
AUTUADO - FRAD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-01/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO DO ICMS-ST. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. O procedimento fiscal foi orientado com preterição do direito de defesa, em desacordo com o devido processo legal. O lançamento do créditos tributários é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. A acusação confunde o ICMS da substituição tributária e a antecipação parcial, institutos de natureza jurídica diversa. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias deveria ser integralmente anulado. No entanto, é o próprio autuado que elabora demonstrativo saneador, discriminado as aquisições de mercadorias, no mês de setembro de 2014, reconhecendo sua procedência e efetuando o respectivo pagamento com os benefícios da Lei nº 13.449/15, que instituiu o Programa CONCILIA BAHIA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2015, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$79.100,36 em razão das irregularidades, a seguir narradas:

INFRAÇÃO 1 - Efetuou 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 ou do exterior. Período setembro a dezembro de 2014. Valor R\$66.684,60. Multa 60%

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da federação ou do exterior. Período agosto de 2014. Valor R\$12.415,76. Multa 60%

O sujeito passivo apresentou impugnação (fls. 49/53), através de advogado, regularmente constituído (fl. 12). Descreve as imputações, argúi a tempestividade da impugnação; diz que rechaça uma delas na totalidade e outra parcialmente; que age de boa fé e não apresenta recurso meramente protelatório, mas, dentro de bases jurídicas convincentes, que atestam a total improcedência dos atos infracionais mencionados.

Explica que analisará separadamente cada infração a fim de verificar a sua juridicidade. Diz que se insurge contra a voracidade tributária da autoridade arrecadadora que constituir Auto de Infração insubsistente (uma das infrações parcialmente).

Alega que possui, como diversas outras empresas do ramo de distribuição, benefício fiscal, dado pela legislação tributária, tendo em vista a sua pequena margem de lucratividade, uma vez que faz a intermediação entre grandes produtores e pequenos vendedores.

Diz que goza de redução da carga tributária (Decreto n. 7.799/000, de 09.05.2000), pela redução da base de cálculo no percentual de 41,176%, nas vendas internas dos produtos de tributação normal, o que, na prática, reflete na tributação final dos produtos, que cai de 17% para 10% Diz que muito embora aludido benefício, o Fisco não levou em consideração quando da autuação. Explica que a

planilha em anexo (DOC 01) serve de prova que a alíquota aplicada nas operações de saídas foi de 17% e não de 10%, como deveria acontecer, para os produtos alcançados pelo regime.

Diz que a segunda infração incorreu em igual erro. Destaca que no primeiro caso, poder-se-ia parecer tratar-se de antecipação parcial e, no segundo, de substituição tributária plena, vez que no corpo da infração repete-se o mesmo tipo. Ressalta que nos dois institutos, o real contribuinte do imposto, ter-se-á como responsável pelo recolhimento do tributo o industrial e não o distribuidor.

Reitera o erro na aplicação da alíquota (10% e não 17%), bem como ausência de análise detida sobre cada nota tributada. Diz que a apuração do tributo não pode ocorrer com base nos livros de apuração de entrada, tão somente, pois, da análise de cada nota fiscal, percebe-se a existência de produtos isentos, com redução de alíquota, dentre outras especificidades, que devem ser analisadas minuciosamente pelo fiscal, o que não foi.

Pede o direito de pagar o valor devido com os benefício da Lei nº 13.449/15, que reduz os encargos legais incidentes. Elabora planilha descritiva dos valores reconhecidos e dos valores impugnados, a fim de que seja deferido o parcelamento parcial da infração 02, visto que, pela complexidade da legislação tributária e pelo peso tributário no PIB empresarial, qualquer cobrança indevida afigura-se plenamente injusta e deve ser rechaçada.

Requer a anulação parcial do Auto de Infração mencionado com a retirada da infração 01 do mundo jurídico e seja a infração 02 parcelada, no que foi confessado, e anulado os demais.

Na informação fiscal (fl. 63), a autuante admite que por um equívoco deixou de contemplar as reduções prevista no Decreto 7.799/00.

Diz que ratifica as alegações do contribuinte autuado, reconhecendo sua pertinência conforme o Termo de Acordo Atacadista.

Consta dos Autos o pagamento de parte do Auto de Infração com os benefícios dados pela Lei (fls. 64/65).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário, no valor de R\$79.100,36, relativo às 2 irregularidades, descritas e narradas na inicial dos autos.

Apesar de as duas exigências estarem descritas como falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na realidade, os demonstrativos alinhavados pela Auditora Fiscal (fls. 34/38), trata do ICMS antecipação parcial.

O Auto de Infração assim lavrado está em dissonância com os princípios que regem o devido processo legal, sobretudo, com cerceamento ao direito a ampla defesa do autuado. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, conforme indicação do art. 142, CTN - Código Tributário Nacional.

Ao examinar as peças do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de graves vícios jurídicos, ligados à legalidade do lançamento e mesmo a sua materialidade. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

No caso em concreto, a preposta fiscal não deixa claro qual é a acusação, o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária (chamado de ICMS por antecipação) ou antecipação parcial, posto que nem mesmo o demonstrativo elaborado, as cópias dos livros fiscais acostadas (fls. 07/45), colabora na elucidação da questão. Aliás, infelizmente, os mesmos são absolutamente incompreensíveis. A mídia CD (fl. 46) que deveria conter os demonstrativos dos débitos em formato eletrônicos estão vazios.

Em decorrência, o próprio contribuinte formula suas razões de defesa, igualmente, de forma confusa, ao aduzir que goza de redução da carga tributária (Decreto nº 7.799/000, de 09.05.2000), quesito não entendida pela fiscal (fez referência a esse fato, apenas na Informação Fiscal); argúi

que na primeira infração parece tratar-se de antecipação parcial e, na segunda, de substituição tributária plena, cujo responsável pelo recolhimento do tributo é o industrial e não o distribuidor. A parcela reconhecida pelo autuado relativamente à infração 2, cuja data de ocorrência constante dos autos é 30 de agosto de 2014, se refere às aquisições de mercadorias que somente adentraram no estabelecimento, no mês seguinte, em setembro de 2014.

As infrações estão enquadradas no art. 8º, II, §3º da Lei nº 7014/96, e art. 289 do Decreto nº 13.780/12, que trata do responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei nº 7014/96 que trata da antecipação parcial, incidente apenas sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que não encerra a fase de tributação, tipificando infrações tributárias completamente diversas.

De forma muito clara, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias deveria ser integralmente anulado. No entanto, é o próprio autuado que elabora demonstrativo saneador (fl.56), discriminado as aquisições de mercadorias, no mês de setembro de 2014, reconhecendo sua procedência e efetuando o respectivo pagamento (fls. 64/65).

Assim, a melhor solução, no presente caso, em respeito aos direitos do contribuinte, ao devido processo legal e o princípio da verdade material, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos o são na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos e, nos termos do art. 155 do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), é considerar a nulidade parcial do procedimento fiscal, exceto em relação aos valores reconhecidos e já parcelado pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15, que instituiu o Programa CONCILIA BAHIA, beneficiando-o com redução de multas e juros em relação aos débitos do ICMS, conforme consta nas fls. 64/65 dos autos.

Dessa forma, em face das considerações retro expostas, o lançamento de ofício resta subsistente em parte, com o aproveitamento do valores reconhecidos pelo autuado em relação às operações que realizou no mês de setembro de 2014, na infração 1, relacionadas no demonstrativos de fl. 56, importando R\$5.784,88 e com a homologação da parcela quitada.

Posto isso, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206961.0002/15-3**, lavrado contra **FRAD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.784,88**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido conforme os benefícios da Lei nº 13.449/15 do Programa Concilia Bahia.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR