

A. I. Nº - 152533.1059/15-3
AUTUADO - DENTAL CONFIANÇA LTDA. - ME
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS FERREIRA ALVES
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. b) PAGAMENTO A MENOS. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 26/10/15, exige-se o 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%.

O autuado apresentou defesa, preliminarmente, suscitando a nulidade do auto de infração “*por ter presumido erroneamente a existência de suposta omissão, sem que, em tempo anterior à lavratura do auto, fosse perfectibilizado 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*”, quando “*o fato gerador ainda não se consumou, uma vez que as aludidas mercadorias não se incorporaram ao estoque ativo da autuada*”.

Acrescenta 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 à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal*”, e, além disso, a autuação não apresenta “*elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida*”.

Ressalta, ainda, que “*a presunção de que ocorreu incorporação ao ativo da empresa autuada, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes*” e “*o Auto de infração também é nulo porque não indica que a suposta omissão foi constatada por presunção*”.

Prossegue dizendo 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 ademais, “*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”.

Observa que, “a Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), assim como o devido procedimento legal administrativo e judicial (art. 5º, LV)” e que “vê-se, desse modo, que também se torna descabida a autuação relativa à suposta omissão de entradas de mercadorias tributáveis, bem assim a suposta recusa na apresentação de livros fiscais, sem o devido processo administrativo para apurar a ocorrência e ratificar eventual recusa injustificada da ora autuada”.

Discorre sobre os vícios do lançamento de ofício em tese e argumenta que “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”.

Por fim, alega que a “multa de 100%” tem “caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal” e, “com toda cordialidade e acatamento, requer deste Órgão Julgador, seja reconhecida a NULIDADE do auto de infração e do lançamento impugnado, em função de ter sido, descumprida regra elementar de direito no tocante a sua formalização, diante da legislação vigente que pertine a matéria, sob pena de preservação da própria ilegalidade, para iniciação do processo administrativo fiscal, observando-se o comando do art. 112 e seguintes do CTN”.

Conclui requerendo a nulidade e a improcedência do lançamento.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante rebate as alegações defensivas afirmando que “o presente auto de infração foi lavrado obedecendo todos os requisitos previstos no DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999 que o antecede, ou seja, a Ordem de Serviço e a Intimação para apresentação de livros e documentos (fls. 07)”.

Aduz que foram recebidas as Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias do contribuinte “e efetuado o levantamento do débito com base nos referidos documentos, o que afasta qualquer possibilidade de arbitramento com base em presunção, como argumenta a defesa”.

Diz que é “injustificável” a alegação do autuado de que não houve a ocorrência do fato gerador, porque as mercadorias ainda não haviam sido incorporadas ao estoque, “uma vez que a ocorrência do fato imponível se dá na entrada da mercadoria no território deste Estado” e o sujeito passivo deixou de apresentar a documentação comprobatória do recolhimento do imposto devido no tempo regulamentar. Transcreve o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, que prevê a obrigação do recolhimento do ICMS por antecipação parcial, e o inciso III do artigo 23 da citada Lei, que dispõe sobre a base de cálculo nessa hipótese (antecipação parcial).

Prossegue dizendo que a alínea “b” do inciso VII do artigo 321 do RICMS/12 estabelece que o recolhimento, na forma do Simples Nacional, não exclui a incidência do ICMS devido nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal.

Salienta que “a defesa nem se deu ao trabalho de ler o que estava descrito no Auto de Infração e pede a impugnação da multa de 100%, em virtude de caráter confiscatório e abusivo, uma vez que a multa devidamente aplicada foi de 60% e que encontra-se respaldo no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96”.

Finalmente, pede a procedência do auto de infração.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152533.1059/15-3**, lavrado contra **DENTAL CONFIANÇA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.986,56**, acrescido da multa 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA