

A. I. Nº - 201509.0004/15-8
AUTUADO - ISABEL CRISTINA ALVES GOMES DE CONQUISTA - ME
AUTUANTE - ISABEL CRISTINA MORAIS LEITE LUZ
ORIGEM - INFAZ V. DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE PAGAMENTO **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações reconhecidas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES NAS VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Argumento defensivo não elide a legitimidade do crédito tributário. Não foi acolhido o argumento de confiscatoriedade da multa aplicada por estar prevista na lei e estar em consonância com os fatos apurados. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/11/2015, reclama o valor de **R\$62.982,25**, de contribuinte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 – 07.21.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$6.627,74, por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro, março, julho a setembro de 2011, abril a junho, outubro a dezembro de 2013, fevereiro, abril, junho e novembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.10 e 11.

02 – 07.21.02 - Efetuou recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$11.099,59, por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro a abril, junho, setembro a novembro de 2011, março a dezembro de 2012, janeiro a julho, setembro e dezembro de 2013, janeiro e fevereiro de 2014, conforme demonstrativos às fls.12 a 17.

03 – 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$45.254,92, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2014, conforme Relatório PRODIFE às fls.133 a 137.

O autuado, através de seu representante legal, apresenta defesa tempestiva (fls.144 a 152), faz referência à infração 03 – 07.02.03, transcrevendo o fato e o enquadramento legal, para arguir que é empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo destaque na industrialização e comercialização de caçados.

Destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de autos de infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Entende que a notificação não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas, significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Argumenta que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspensa, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN, este ainda em vigor.

Assim, assevera que está suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelo auto de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Considerou que as notificações restam eivadas de improcedência, pois, em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pela Auditora Fiscal relaciona notas fiscais emitidas que embora tenha o código de saída 6101 – mercadorias de fabricação própria, são produtos advindos de aquisições junto a fornecedores em outros estados da federação, cujas saídas não estão sujeitas às retenções de ICMS, previstas na legislação vigente.

Anexou, fls.150 a 152, relação de notas fiscais de entrada referente a aquisição de mercadorias que foram comercializadas, contudo, teve a emissão da Nota Fiscal de saída com o código 6101, como se fora produzida pela requerente. Justifica que tal fato ocorrera por mero descuido na emissão da nota fiscal de saída, não podendo ser objeto de cobrança de ICMS.

Com base nisso, diz que esta falha originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos vendidos, pois se denota que o fiscal auferiu valores nos períodos fiscais descritos, corroborados pelo documental analisado.

Comenta que os respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro da fiscalização, conforme especificado no demonstrativo acima citado, o que, no seu entender, tal fato por si só eiva de improcedência em parte do auto de infração lavrado, pois desobedece o artigo 142, do CTN.

Aduz que não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta improcedente em parte a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Pelo acima alinhado, considera primordial a declaração de improcedência em parte do auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Diz que, se assim não for entendido, requer a realização de diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos.

Prossegue alegando que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada no artigo 150, IV, da Constituição Federal, por ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Ao final, requer a improcedência em parte da autuação, e que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos no levantamento fiscal nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas. Na informação fiscal às fls.156 a 159, a autuante aduz que o Auto de Infração está lastreado no firme fundamento do RICMS/BA., aprovado pelos Decretos nº 6.284/97 e nº 13.780/2012, respectivamente, tendo transcrito o artigo 353, inciso II, item 32, e artigo 289, Anexo I, item 9.

"SUBSEÇÃO II

Das Operações com Mercadorias Sujeitas a Substituição Tributária por Antecipação nas Saídas Internas, e dos Sujeitos Passivos por Substituição

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins

de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

32 - calçados - NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405 (Lei nº 8.534/02)

Nota: O item "32" foi acrescentado ao inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 38 (Decreto nº 8413, de 30/12/02. DOE de 31/12/02), efeitos a partir de 01/03/03.

CAPÍTULO XII

DAS MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

ANEXO I DO REGULAMENTO DO ICMS 2012

REDAÇÃO VIGENTE ANO 2012/2014

ANEXO I

MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

(...)

Item 9 / Mercadoria: Calçados."

Prosseguindo, ressalta que não há que se cogitar "descuido" dos emitentes dos documentos fiscais da requerente, como pretendido na defesa, sobretudo porque este desabona a TOTALIDADE dos lançamentos presentes nos trabalhos desenvolvidos, e estes não foram realizados à sombra de "presunção", mas, sim, sob o amparo legal, obedecendo à clareza dos fatos apostos nos ditos documentos.

Informa que a Atividade Econômica Principal da empresa autuada é 1531901 – *Fabricação de calçados, tendo como secundária, comércio de mercadorias*. Assim, diz que as mercadorias que foram adquiridas de terceiros para comercialização, segundo o CFOP da Nota Fiscal, foram excluídas do Demonstrativo da ST, às fls. 135 a 137, remanescendo tão somente aquelas cujo CFOP indica fabricação própria.

Além disso, informa que o autuado adquire mercadorias (matéria-prima) para confecção de seus produtos finais, neste caso, calçados, sujeitos à antecipação do ICMS, na saída. Informa que, para auxiliar melhor o entendimento sobre esta questão, apensou à sua informação fiscal, fls. 161 a 186, alguns DANFE's de aquisição de matéria-prima, que provam que o ICMS ora requerido, corresponde a mercadorias de fabricação própria, corroborando os seus argumentos nesta IF.

Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

Constam às fls. 188 a 192, e 197 a 201, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao parcelamento do débito da parcela reconhecida, no valor de R\$ 17.727,33, correspondente aos débitos das infrações 01 e 02.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 30/06/2016, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos para a decisão sobre a lide.

VOTO

Preliminarmente, verifico que a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, em todos os itens estão claramente especificadas nas infrações descritas nos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxe a autuante, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente às acusações fiscais, mais precisamente os demonstrativos e cópias das notas fiscais (DANFES), fls.10 a 137. Se de fato, conforme alegado, não é devida a exigência fiscal da infração 03, por erro na sua apuração, esta será apreciada por ocasião do mérito.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para que a ASTEC/CONSEF procedesse revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas. Ressalto que o pedido do autuado foi apreciado em pauta suplementar do dia 30/06/2016, sendo decidido pela desnecessidade de adoção de tal medida.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação dos quatro itens contemplados no auto de infração, diz respeito a três infrações, referentes a imputações de falta de recolhimento do ICMS por antecipação/substituição tributária (infração 01 – 07.21.01); recolhimento a menos de ICMS por antecipação/substituição (infração 02 – 07.21.02); e falta de retenção e recolhimento do ICMS nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

Constato que não existe lide a ser apreciada em relação às infrações 01 e 02, uma vez que, constam às fls. 188 a 192, e 197 a 201, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao parcelamento do débito da parcela reconhecida, no total de R\$ 17.727,33, correspondente aos débitos das infrações, nos valores de R\$ 6.627,74 e R\$ 11.099,59, respectivamente. Sendo assim, subsistem integralmente estas infrações.

Quanto ao item impugnado – infração 03 – 07.02.03 – o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de 2011 a 2014.

De acordo com as peças processuais, constato que o crédito tributário do item em questão, é oriundo de diversas notas fiscais de vendas de mercadorias industrializadas pelo estabelecimento autuado e apresentadas pelo próprio contribuinte autuado, deixando, assim, de recolher ICMS devido por Substituição Tributária, conforme planilhas de fls. 133 a 137, constantes do presente processo, relativas ao período de 01/01/2011 a 31/12/2014.

O autuado em sua peça de defesa, esclareceu que atua no ramo de industrialização e comércio de “calçados”, e solicitou a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa, com base no artigo 151, III, do CTN.

Foi atribuída ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária, com fulcro art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, e o autuado não negou sua obrigação tributária de efetuar a retenção do ICMS nas operações de vendas para contribuintes deste Estado. No entanto, se insurgiu ao lançamento tributário alegando que as notas fiscais de saídas relacionadas no Demonstrativo da autuante, foram emitidas notas fiscais erroneamente com o CFOP 6101 - vendas de fabricação própria, em produtos advindos de aquisições junto a fornecedores de outros Estados da Federação, cujas saídas não estão sujeitas a retenção do ICMS.

Analizando o demonstrativo trazido na defesa, fls.150 e 152, verifico que o mesmo não é capaz de elidir a autuação, nem comprovar o alegado na defesa, visto que apesar de constar a especificação das notas fiscais e respectivos fornecedores, não foi carreado aos autos cópias dos respectivos documentos fiscais, e se referem a notas fiscais de aquisições. O levantamento fiscal foi feito com base nas notas de vendas. Constatado que o autuante na informação fiscal comprovou que as notas fiscais de fls.161 a 186, contém CFOP 6101, e não foram incluídas no seu levantamento fiscal de fls.135 a 137. Informou também que se referem exclusivamente a mercadorias (calçados) produzidas pelo estabelecimento. Ademais, analisando-se a planilha de fls. 135 a 137, é possível verificar que o CFOP indicado é 5101. Portanto, não acolho o simples argumento defensivo, pois entendo que caberia ao autuado apontar objetivamente quais produtos adquiridos de terceiros foram incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Mantido o lançamento deste item da autuação.

Quanto a alegação de que falta esteio tributário para a autuação, e que multas exponenciais, significam enriquecimento ilícito do Estado, ressalto a legalidade da multa de 60%, por está prevista no artigo 42, Inciso II, alínea “d” e “e”, da Lei 7.014/96, e sua aplicação se justifica na medida em que restaram caracterizadas as infrações.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **201509.0004/15-8**, lavrado contra **ISABEL CRISTINA ALVES GOMES DE CONQUISTA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.982,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos conforme documentos de fls. 197 a 201.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR