

A. I. Nº - 232278.0037/15-5
AUTUADO - RIGEL ARTIGOS NÁUTICOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-02/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PEÇAS PARA VEÍCULOS). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não possuindo o remetente inscrição estadual no Estado da Bahia, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado na entrada das mercadorias no Estado da Bahia. Neste caso, deve ser efetuado o pagamento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso em virtude de o autuado não ser credenciado para fazê-lo em outro momento. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado na IFMT Metro em 05/06/2015, exige o ICMS no valor de R\$24.867,03 mais multa de 60%, sob acusação do cometimento da seguinte infração: **54.01.03** - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e documentos às fls. 06 a 30.

Consta na descrição dos fatos: “FALTA DE RETENÇÃO ICMS POR PARTE DO REMETENTE, EM FAVOR DO DESTINATÁRIO, CONF. PROT. 41/08. DANFES 25680, 25699. CONTRIBUINTE DESCRENCIADO. OBS: ESTE TERMO SUBSTITUI O DE Nº 210313.0004/15-6.”

O autuado foi cientificado da autuação em 28/08/2015 (fls.33 e 34), e em 02/10/2012, através do Processo SIPRO nº 182492/2015-9 (fls.36 a 38), por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, impugnou o lançamento tributário, com base nos fatos e fundamentos que, a seguir, alinha.

Inicialmente, observou que a intimação foi expedida para a empresa no dia 06/08/15 (fl.33), concedendo, irregularmente, prazo de 30 dias para a defesa. Aduz que em se tratando de Auto de Infração, o prazo defensivo é de 60 dias, contados da regular intimação do Contribuinte, e por isso, diz que houve ofensa ao art. 39, inciso VII, do RPAF, devendo ser o ato viciado anulado, a fim de que nova e regular intimação seja levada a efeito. Alternativamente, diz que, mesmo contando da data da intimação, como o prazo regulamentar somente se esgotará dia 05/10/15, deve o PAF ter o seu curso regular, visando instrução e julgamento.

Prosseguindo, em preliminar, suscita a nulidade do lançamento, sob o fundamento de foi promovido por “autoridade incompetente”, na medida em que é privativa dos Auditores Fiscais a competência para lavrar auto de infração, citando a ementa de um julgamento do CONSEF referente ao Auto de Infração nº 2191570701113 (ACORDÃO JJF Nº 0076-03/12).

RELATOR(A): CONS. ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA

Auto de Infração - 2191570701113

Recurso - Defesa

Autuado(a) - HORTI FRUTI LM LTDA

Autuante(s) - ANTONIO CARLOS ESTRELA , JORGE CRUZ CORREA DE MENEZES , MANOEL MESSIAS LACERDA

Advogado(s) - VICENTE MAIA BARRETO DE OLIVEIRA

ACORDÃO JJF Nº 0076-03/12

ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO POR SERVIDORES SEM COMPETÊNCIA LEGAL. Verificado que a lavratura do Auto de Infração foi efetuada por servidores sem competência legal, em afronta à legislação que estabelece a competência para lavratura de Auto de Infração e ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Além disso, entende que o lançamento também é nulo, por insegurança na determinação da base de cálculo, pois não foi exibida ao Contribuinte a fórmula utilizada para se apurar a base de cálculo, estando o valor arbitrado sem compatibilidade com o real valor das mercadorias.

No mérito, destaca que a acusação é de que não foi feito o recolhimento na primeira repartição, pertinente aos DANFES 25.680 e 25.699, contudo, alega que já havia recolhido, em 21/05/2015, conforme comprovantes anexos (DAES, quitações bancárias e extrato da SEFAZ), os valores relativos a “antecipação parcial”. Sienta que não se sabe, também, como foi apurada a base de cálculo apontada no AI, incompatível com os valores das notas fiscais.

Além disso, diz que em relação ao DANFE 25.680, já havia sido incluído na cobrança correspondente à NOTIFICAÇÃO FISCAL nº 118505.0041/15-1, implicando a presente autuação em “bis in idem”. Assim, sustenta que com a necessária exclusão do referido DANFE, a base de cálculo ora apresentada fica ainda mais injustificada.

Concluindo, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos, e pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl.85, em relação à alegação de sua incompetência para constituição do crédito tributário, o autuante transcreve o § 3º da Lei nº 11.470/09, a saber: “*Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*”

Quanto a alegação de não foi exibida a fórmula utilizada para apuração da base de cálculo, o autuante frisa que o defendente não observou que a memória de cálculo se encontra na página 22 dos autos.

Sobre os alegados pagamentos dos referidos DANFES, já efetuados, diz que por ocasião da ação fiscal não constava pagamento algum, conforme consulta, fl.23, feito na data da ação fiscal.

Finaliza pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Considerando que o sujeito passivo na peça defensiva arguiu insegurança na determinação da base de cálculo, sob alegação de que não lhe foi exibida a memória de cálculo contendo a fórmula utilizada para se apurar a base de cálculo, a qual estaria sem compatibilidade com o real valor das mercadorias constantes nos DANFES objeto da autuação.

Considerando que de fato na intimação dando ciência do Auto de Infração (doc. fl.33), não constam especificados quais os documentos que acompanharam a referida intimação, mas tão-somente a informação: “(*) Anexa cópia do Auto de Infração supracitado.”

Embora os questionamentos do sujeito passivo estejam discriminados nos demonstrativos às fls. 16 a 18, porém, considerando que não contém nos autos prova de que o autuado tivesse recebido tais demonstrativos, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, conforme despacho de fl.88, decidiu esta Junta, na Pauta Suplementar desta data, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, converter o PAF em diligência à IFMT METRO, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa, devendo, no ato da intimação, concedido o prazo de 60 (SESSENTA) dias, e serem entregues, sob recibo, ao sujeito passivo, cópias dos documentos abaixo discriminados, para que pudesse defender-se objetivamente da acusação fiscal de que cuida a inicial.

DOCUMENTOS A SEREM ANEXADOS À INTIMAÇÃO: Termo de Ocorrência Fiscal – fls.04 e 05; Termo de Ocorrência Fiscal – fls.06 e 07; Planilhas demonstrativas do débito – fls.16 e 17; Memória de Cálculo para Antecipação Tributária – fl.18; e o pedido de diligência.

Conforme comunicado e AR dos Correios, fls.91 e 92, através do Processo SIPRO nº 098303/2016-8, fls.93 a 97, o autuado representado pelo advogado Fernando Marques Villa Flor, destaca que ultrapassada a questão do vício no prazo concedido, manteve a questão prejudicial relativa a “autoridade incompetente” para a lavratura do auto de infração.

Suscita a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da ocorrência e da base de cálculo, assim como por cerceamento do direito de defesa, arguindo que:

- a) a “ocorrência” foi inicialmente apontada, na descrição dos fatos do “Termo 210313.0004/15-6”, lavrado dia 21/05/15, data em que foi assinado pela Autuada, como sendo “Aquisição interestadual de mercadorias por contribuinte DESCREDENCIADO sem o pagamento do ICMS antecipação antes da entrada do transportador no Estado da Bahia”;
- b) no dia 05/06/15 foi lavrado outro “Termo de Ocorrência”, número “232278.0003/15-3”, em substituição ao primeiro, sem a assinatura do Contribuinte e com ALTERAÇÃO da ocorrência, no trânsito das mercadorias, fato que teria acontecido no dia 21/05/16. No “novo termo”, que alterou completamente os fatos e, assim, A CAUSA DE PEDIR, foi consignado que teria ocorrido “FALTA DE RETENÇÃO, DO ICMS POR PARTE DO REMETENTE, EM FAVOR DO DESTINATÁRIO.CONF. PROT. 41/08”;
- c) em se tratando de ocorrência no trânsito, sem a anuência imediata (no ato) do contribuinte antes da lavratura do próprio AI, a alteração da causa de pedir constitui vício insanável, por outro configura absoluta insegurança na determinação da infração, com ofensa direta ao art. 18, II e IV, “a”, do RPAF.

Assim, sustenta que a defesa fica prejudicada, na medida em que em situações de trânsito os fatos precisam ser narrados com precisam, sendo submetido ao Contribuinte, ou testemunhas, o termo relativo à exata ocorrência. A alteração posterior (cerca de 15 dias depois), torna insegura a caracterização do fato e, é evidente, repercute no direito de defesa.

Indaga: “se a ocorrência que agora pretende suportar a autuação for aceita, considerando que o fato teria sido constatado no Posto Fiscal, antes, portanto, da entrada das mercadorias no estabelecimento da Autuada, como lhe atribuir “responsabilidade solidária”, se não tinha ainda recebido os produtos? E responde: Apenas depois do ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, a Autuada poderia ser responsabilizada por obrigação que, originalmente, seria do remetente.

Considera como questão prejudicial a falta de exibição da fórmula utilizada para se apurar a base de cálculo, estando o valor arbitrado sem compatibilidade com o real valor das mercadorias, pois, entende que os “demonstrativos” de fls. 16 a 18 nada acrescentam em favor da apuração,

notadamente porque não se sabe quando e como foram elaborados, não possuindo qualquer indício de comprovação dos valores ali apontados, importâncias que contraíam as únicas provas materiais existentes (as próprias notas eletrônicas).

Analisando o mérito, aduz que a acusação, agora, é de que não foi feita retenção pelo remetente, contudo, se o “Termo de Ocorrência 210313.0004/15-6, de 21/05/15”, foi substituído, a “ocorrência” seria do dia 05/06/15, e a Autuada já havia recolhido, em 21/05/2015, conforme comprovantes anexos (DAEs, quitações bancárias e extrato da SEFAZ), os valores relativos a “antecipação parcial”, o que, em se tratando de aquisição interestadual de mercadorias para revenda, é realmente devido.

Desta forma, salient que a cobrança da “antecipação total”, com todos os vícios acima, não tem lastro legal, pois não se sabe, também, como foi apurada a base de cálculo apontada no AI, totalmente incompatível com os valores das notas fiscais, e sem comprovação (o que caracteriza ilegal arbitramento), especialmente se for considerado que as “demonstrações” de fls. 16/18 se encontram atreladas a “duas ocorrências distintas”. A parcela devida na operação, relativa a antecipação parcial, foi devidamente recolhida.

No tocante ao enquadramento legal, no art. 8º, §º, inciso I, “a”, da Lei 7.014/96, diz que não se aplica ao caso concreto, porque figura na operação como “adquirente”, e não foi apresentada a base legal para a MVA aplicada.

Em relação ao DANFE 25.680, alega que já havia sido incluído na cobrança correspondente à NOTIFICAÇÃO FISCAL nº 118505.0041/15-1, que já foi juntada ao PAF, implicando a presente autuação em “bis in idem”, e que, com a necessária exclusão do referido DANFE, a base de cálculo ora apresentada fica ainda mais injustificada.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos, e pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Através do Processo SIPRO nº 147877/2016-7, fls. 105 a 107, o autuado representado por seu advogado constituído nos autos, informa que, uma vez intimado da diligência de fls. 88, informa que ato ora comentado é uma repetição da intimação datada de abril/16, tendo apresentado sua “manifestação”, conforme Protocolo SIPRO 098303/2016-8, de 08/06/16, cujas razões ficam expressamente ratificadas.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade do lançamento tributário, arguidas na peça defensiva, observo o seguinte:

- a) PRAZO DE DEFESA – de fato na intimação de fol.33 foi concedido erroneamente o prazo de 30 dias, em desacordo com o artigo 123 do RPAF/99, que prevê o prazo de defesa de 60 dias. Contudo, este vício foi devidamente sanado conforme intimação expedida em 29/06/2016 e entregue o autuado em 20/07/2016 (docs.fls. 91 e 92).
- b) AUTORIDADE INCOMPETENTE – A competência legal, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos efetuem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, isto a partir de 1º de julho de 2009. Assim dispôs o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevo para melhor elucidar a questão:

Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

(....)

§ 3º - Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Logo, neste processo, tendo em vista que a ação fiscal foi desenvolvida no Posto Fiscal Honorato Viana, no trânsito das mercadorias, o autuante na condição de Agente de Tributo Estadual tem competência para lavrar o auto de infração objeto do presente processo administrativo fiscal. Assim, a jurisprudência citada na defesa é inaplicável ao presente caso.

- c) INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – o imposto lançado no auto de infração encontra-se no demonstrativo de fls.16 e 17 dos autos, no qual, estão especificados os números das notas fiscais que acompanhavam as mercadorias, a descrição dos produtos, NCM, quantidade, valor unitário, MVA, base de cálculo, alíquota e valor do ICMS. Os valores adotados para determinação da base de cálculo têm origem nos documentos fiscais que acobertavam o trânsito dos produtos. Portanto, considerando que os números tem origem nas próprias notas fiscais, não ocorreu o alegado arbitramento, inexistindo, assim, insegurança na determinação da base de cálculo. Ressalto que a memória de cálculo constantes nas fls.16 e 17, foi entregue ao autuado através da intimação de fls. 91 e 92, e se existem erro nos números caberia ao autuado apontá-los.
- d) MVA – constato que foram corretas as MVAs de 82,13% e 98,69% utilizadas para a determinação da base de cálculo, conforme planilhas de fls.16 e 17, uma vez que estão previstas no item 28 do Anexo 1, do RICMS/2012, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (peças para veículos).
- e) TÉRMO DE OCORRÊNCIA FISCAL – os veículos conduzindo mercadorias são abordados nos postos fiscais pelo Agente de Tributo Estaduais em plantão, e quando ocorre qualquer irregularidade é lavrado em nome do detentor das mercadorias, o Termo de Ocorrência Fiscal - TOF (antigo Termo de Apreensão), e apreendida as mercadorias. Se não houver o pagamento do imposto correspondente aos produtos apreendidos, é lavrado o Auto de Infração na forma regulamentar, por qualquer preposto fiscal lotado no Posto Fiscal. No caso, em 21/05/2015, ante a constatação da falta de comprovação do recolhimento do ICMS sobre os DANFES 25.680 e 25.699, foi lavrado o TOF nº 210313.004/15-6, fls.06 e 07 e encaminhado ao autuante para lavrar o auto de infração, cujo preposto fiscal, substituiu o referido TOF, pelo de número 232.278.0003/15-3, fls.04 e 05, para fundamentar o fato. Entendo que isto não invalida o início da ação fiscal, como pretende o patrono do autuado, pois no primeiro TOF houve a anuência imediata do autuado antes da lavratura do próprio AI, tornando desnecessária nova anuência no TOF que foi substituído. Ademais, este fato não repercutiu na defesa do autuado, pois houve a reabertura do prazo de defesa e atendido ao devido processo legal, com a entrega de todos os documentos que fundamentam a autuação.
- f) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – o remetente das mercadorias, não está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, e por isso, responde o autuado, na condição de destinatário das mercadorias, pelo pagamento do imposto não recolhido, visto que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, por força do Protocolo 41/08, e nos termos do artigo 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 (**Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (....) XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual**

ativa como substituto tributário). Desta forma, o questionamento do autuado de que somente seria devido atribuir a responsabilidade solidária após a entrada das mercadorias no estabelecimento não encontra amparo no artigo 332, inciso III, inciso “g”, do RICMS/2012.

- g) DESCRIÇÃO DO FATO – o fato descrito no auto de infração é de falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da falta de retenção pelo remetente das mercadorias, por força do Protocolo 41/08. Esta retenção se caracteriza como uma antecipação tributária. Logo, a forma como descrita no Termo de Ocorrência Fiscal não descaracteriza o fulcro da autuação, que foi pela falta de antecipação tributária.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária (Posto Fiscal), sobre mercadorias elencadas no Anexo 1, item 28, do RICMS/2012, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, em razão da falta de retenção pelo remetente não inscrito neste Estado.

As mercadorias objeto da autuação (peças para veículos automotores) estão enquadradas no regime de substituição tributária por força do Protocolo nº 41/08, e o autuado responde solidariamente pelo pagamento do imposto, conforme artigo 6º, inciso XV, do RICMS/2012, visto que o remetente não está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

As mercadorias estão acobertadas pelos DANFES nº 25.680 e 25.699, e o cálculo do débito foi feito tomando por base os preços constantes nos referidos documentos fiscais, utilizando as MVAs de 82,13% e 98,69% para a determinação da base de cálculo, conforme planilhas de fls.16 e 17, e previsão no item 28 do Anexo 01, do RICMS/2012.

Na defesa o autuado alegou que o imposto referente aos DANFES 25.680 e 25.699, já haviam sido incluídos na cobrança correspondente à NOTIFICAÇÃO FISCAL nº 118505.0041/15-1, conforme comprovantes de pagamento de DAEs às fls.57 e 59. Da análise DAE à fl.57, constato que realmente houve o recolhimento do imposto no dia 21/05/2015, às 14:34:27 horas. Este recolhimento não elide a autuação do referido DANFE, pois este recolhimento ocorreu após a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal no dia 21/05/2015, às 07:10 horas, conforme documento à fl.06. Já o comprovante à fl.59, o recolhimento ocorreu 21/05/2016 às 00:00:00 horas. Ressalto que no caso do recolhimento de fl.57, o autuante comprovou à fl.23 que no momento da apreensão das mercadorias, dia 21/05/2015, às 06:33 horas, não havia nenhum recolhimento realizado pelo autuado. Bem analisados estes comprovantes de pagamento, verifico que eles não elidem a exigência fiscal, pois tratam-se de recolhimento a título de “antecipação parcial”, enquanto que os valores objeto da autuação foram calculado sobre mercadorias (peças para veículos) enquadradas no regime de substituição tributária através do Protocolo nº 41/2008.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, diante da existência do Protocolo ICMS 41/08, entre a Bahia e o Estado do Amazonas, o prazo para pagamento do ICMS antecipação está condicionado à situação do contribuinte junto à SEFAZ/BA, ou seja, se está credenciado ou não. No caso, diante da responsabilidade solidária, e não estando credenciado para efetuar o pagamento do imposto na entradas mercadorias no estabelecimento, o autuado está obrigado ao cumprimento do artigo 332, III, “g”, do RICMS/2012, que reza, *in verbis*:

Art. 332. *O recolhimento do ICMS será feito:*

(....)

III - *antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

(.....)

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetué-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

Desta forma, deve ser mantido o débito lançado no auto de infração, pois efetivamente demonstrado que houve infração à legislação tributária, quando o sujeito passivo, por responsabilidade solidária, não efetuou o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como devido e na forma prevista na legislação acima citada.

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 **232278.0037/15-5**, lavrado contra **RIGEL ARTIGOS NÁUTICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.867,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR.