

A.I. Nº **207182.0032/15-8**
AUTUADO **S. REIS COMÉRCIO DE MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS E REPRESENTAÇÕES - EPP.**
AUTUANTE **JOSÉ RAIMUNDO LIMA**
ORIGEM **INFAZ JEQUIÉ**
PUBLICAÇÃO INTERNET - 26.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-04/16

EMENTA : ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Não acolhidos os argumentos de nulidade destas infrações. Levantamento fiscal elaborado com clareza e precisão, possibilitando ao autuado todos os meios de defesa legalmente previstos. Razões de mérito repetem as trazidas em preliminar. Infrações mantidas. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Argumentos defensivos insuficientes para afastar as exigências tributárias. Infrações subsistentes. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NOS LIVROS FISCAIS. Infração comprovada. Mantida a penalidade aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração referenciado teve sua expedição em 26/06/2015, com o fito de reclamar crédito tributário no valor de R\$991.137,60 e demais acréscimos, em face das seguintes imputações:

1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$710,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

2 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$25,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no total de R\$299.090,41, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

4 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no total de R\$129.317,41, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

5 - O contribuinte recolheu a menor ICMS no total de R\$561.994,65, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em

declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

Após sucessivas intimações, inclusive via edital, o autuado, por intermédio de um dos seus sócios, ingressou com as Razões de Defesa, fls. 147 a 152, onde após reproduzir os fatos relacionados a autuação, passou, a arguir em preliminar a nulidade das infrações 01 e 02 alegando cerceamento de defesa em face de erro na capitulação das mencionadas infrações, situação esta que ao seu entender viola o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em seus Arts. 2º, 39, inciso III e 18, inciso IV.

Após transcrever os citados artigos, pontua que é fácil verificar através da legislação suscitada que o autuante não indicou de forma clara qual foi e de que Estado adveio às notas fiscais autuadas, situação esta que inviabilizou a identificação da existência de protocolo em que direciona a responsabilidade da retenção e recolhimento do imposto para o Fornecedor, situação está que torna anulável o Auto de Infração, citando, a título de exemplo, o caso dos Protocolos 11/2009 e 25/2010 que se referem ao fornecimento de bicicleta, cuja responsabilidade da retenção e recolhimento é do fornecedor.

Nesse rumo, assevera que o autuante está fundamentando a sua Notificação de Lançamento sem clareza e precisão, ficando desta maneira impedida de exercer sua ampla defesa, conforme preceitua a CF/88, precisamente em seu art. 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Com estes argumentos conclui que resta demonstrado que as Infrações 01 – 07.01.01 e 02 – 07.01.02 são nulas de pleno direito, pois estão lastreadas em artigos que impossibilitam a oportunidade de defesa por parte do defendant.

Adentrando ao mérito da autuação, em relação as infrações 01 e 02, que tratam de falta de pagamento e pagamento a menos do imposto por substituição tributária, diz que cabe salientar que nestes casos a responsabilidade da retenção e recolhimento do imposto entre os Estados é do fornecedor, citando como “exemplo” os Protocolos 11/2009 e 25/2010 que se referem ao fornecimento de bicicletas.

Já em relação às Infrações 03 e 04, que tratam de falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto a título de antecipação parcial, diz que se faz necessário esclarecer que os valores correspondentes às antecipações foram devidamente quitadas, entretanto o autuante no momento da auditoria não as considerou, pois apesar da data da ocorrência (nota fiscal) constar uma determinada data, as mercadorias somente foram entregues em datas posteriores, momento este em que tomou conhecimento da nota fiscal e com isso procedeu o lançamento na escrita fiscal.

Discorre a respeito do momento do fato gerador do imposto que no caso em tela se dá na entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação, citando o Art. 322, § 3º, inciso I e § 4º, inciso I do RICMS/BA que trata da escrituração do livro Registro de Entradas, reforçando que da simples leitura dos artigos mencionados, fica evidente que apenas pode lançar a nota fiscal no momento do efetivo recebimento da mercadoria, situação que cumpriu.

Diz ainda que o autuante também desconsiderou o benefício que possui, nos termos do art. 274 do RICMS, que prevê, verbis:

Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.

Por fim, no que tange a Infração 05 que trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de divergência entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro fiscal, diz que se

faz necessário esclarecer que os valores correspondentes ao ICMS foram devidamente quitados, entretanto o autuante no momento do lançamento não os considerou corretamente.

Questiona, ainda, o percentual de 60% da multa aplicada, que considera abusiva e ilegal, tendo em vista que a empresa autuada se enquadra na situação prevista no art. 42, inciso I da Lei no 7.014/96, ou seja, o percentual correto a ser aplicado é de 50%.

Ao final requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 158 a 161, aduzindo, quanto aos argumentos trazidos em preliminar, que são inconsistentes pois foi entregue à autuada cópia do Auto de Infração e planilhas (inclusive CD com arquivos eletrônicos) com todas as informações relativas ao processo fiscal, conforme AR à fl.145 do presente PAF.

Cita que as infrações na forma em que estão descritas não cabe qualquer "rebate" e que estas encontram-se corretamente capituladas, tanto assim que o defensor não indica qual a capitulação correta da infração, nem nega sua existência. Mantém a "capitulação".

Quanto ao argumento defensivo de que *"não indicou de forma clara qual foi e de que Estado adveio às notas fiscais autuadas.."*, as planilhas e arquivos magnéticos juntados ao processo, cujas cópias foram disponibilizadas para a autuada, demonstram, minuciosamente, todas as informações ditas ignoradas pelo defensor, enquanto que a outra arguição que diz se referir ao fornecimento de bicicleta e que a responsabilidade da retenção e recolhimento é do fornecedor, afirma que respeitou à legislação fiscal do Estado da Bahia, e que não há falta de clareza e de precisão no lançamento do crédito fiscal, pois todos os valores estão analiticamente demonstrados nas planilhas e corretamente narrados em cada infração, razão pela qual não vê fundamento para anulação do Auto de Infração.

Em relação ao mérito, afirma que a responsabilidade pelo pagamento é do adquirente enquanto que as notas fiscais pertinentes ao Auto de Infração estão relacionadas nas planilhas, cujos DANFEs estão gravados no arquivo magnético, sendo que o processo e seus anexos contêm as informações ditas ignoradas pela autuada.

Sobre as citadas diferenças entre as datas de emissão das notas fiscais e seu efetivo registro nos livros fiscais, impactando divergências entre os valores apurados pelo Fisco e os recolhidos pela autuada, afirma que não se verifica no presente Auto de Infração repercussão fiscal nesse sentido, tanto que o defensor apenas discorre sobre a possibilidade, mas nada demonstra.

Quanto a alegação de que foi desconsiderado o benefício na forma expressa pelo Art. 274 do RICMS, diz que a autuada apenas alega, mas não demonstra de forma objetiva quais valores foram cobrados indevidamente, enquanto que o outro argumento no sentido de que o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de divergência entre os valores do imposto recolhido e o escriturado se faz necessário esclarecer que os valores correspondentes ao ICMS foram devidamente quitados, afirma que tais quitações não constam dos sistemas Sefaz e que a autuada poderia ter apresentado os comprovantes e não o fez.

No tocante a multa aplicada diz que a prevista é de 60%, conforme artigo 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, e se é abusiva, não lhe compete discutir a este respeito, estando correto o enquadramento da mesma.

Pugna, ao final, pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado inicia sua defesa arguindo a nulidade das infrações 01 e 02 alegando que houve erro na capitulação das infrações; que a autoridade fiscal não indicou de forma clara o Estado de origem das mercadorias, inviabilizando a identificação da existência ou não de acordo interestadual atribuindo-lhe a responsabilidade pelo pagamento do imposto, situações estas que repercutiram

em falta de clareza e precisão no lançamento, causando-lhe cerceamento ao seu amplo direito de defesa.

Analizando as peças que integram os autos vejo que não assiste razão ao argumento defensivo na medida em que, o demonstrativo nº 1, que trata da apuração da antecipação tributária pelas entradas, fl. 18, aponta de forma clara e precisa, o número do documento fiscal, o estado de origem a forma de cálculo e o imposto apurado e devido.

Assim é que, as exigências relacionadas a infração 01, apontam que nos meses de outubro e novembro/11 foram adquiridos telefones celulares oriundos dos Estados de Minas Gerais e Pará. Nesta situação, caso tais operações não estivessem incluídas no campo da substituição tributária, caberia ao autuado, já que perfeitamente identificadas, apontar o dispositivo legal ou regulamentar que lhe exonerasse dessa responsabilidade, situação esta não ocorrida.

A este respeito, no que tange às aquisições de aparelhos de telefones celular no Estado de Minas Gerais, Convênio ICMS nº 125/2006, observo que o Convênio nº 93/2009 excluiu este Estado da obrigatoriedade da retenção do imposto, portanto, a responsabilidade pelo pagamento é do adquirente. E, no caso do estado do Pará, o autuado não trouxe ao processo o documento que comprove que estava desobrigado ao pagamento do imposto por antecipação.

Já em relação a infração 02 trata de pagamento a menos, no mês de junho/11 do ICMS ST no valor de R\$25,00, referente a aquisição de bicicleta elétrica no Estado de Minas Gerais. Neste caso, o autuado efetuou o pagamento a menos da antecipação, sendo reclamada a diferença.

Portanto, da formaposta nos autos, ao contrário do quanto afirmado pela defesa, inexiste, ao meu ver, erro de capitulação nas infrações e, muito menos, cerceamento ao direito de defesa do autuado. Aliás, convém pontuar, que a regra encartada pelo Art. 19 do RPAF/BA estabelece que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. E isto é o que consta da autuação.

Afasto pois a arguição de nulidade das infrações 01 e 02.

Adentrando ao mérito, os argumentos de defesa repetem os mesmos já trazidos e enfrentados em relação a preliminar, não havendo qualquer inovação, portanto, mais uma vez, não os acolho, sendo subsistentes as infrações 01 e 02.

As infrações 03 e 04 que tratam de falta de pagamento e de pagamento a menos da antecipação parcial, vejo que sua apuração ocorreu com base no demonstrativo nº 02, fls. 25 e 26, o qual se encontra na integralidade na mídia eletrônica apensada aos autos, onde estão apontados cada nota fiscal de aquisição, sua origem, valor, método do cálculo, o imposto devido, o imposto recolhido e o valor que foi lançado.

O argumento do autuado de que foram consideradas no lançamento notas fiscais com datas de entrada que não representavam a efetiva data do ingresso das mercadorias e o respectivo registro na escrita fiscal, não há como se confirmar ou comprovar, pois, nesta situação, caberia ao autuado apontar tais casos a fim de que pudesse ser analisado e, se pertinente, proceder ao recálculo. É certo que ocorre o fato gerador, neste caso, na data da entrada no estabelecimento do contribuinte da mercadoria proveniente de outra unidade da Federação, entretanto, caso haja alguma divergência neste aspecto nos levantamentos elaborados pelo autuante, caberia ao autuado apontá-la, o que não ocorreu.

No que se refere ao argumento de não ter sido concedida a redução de 20% no cálculo do imposto por se tratar de empresa de pequeno porte (art. 274 do RICMS/BA), não se aplica ao presente caso vez que, tal benefício só se emprega quando o imposto é recolhido no prazo regulamentar, o que não ocorreu, logo não há que se cogitar tal redução.

Mantidas as infrações 03 e 04.

Por fim, em relação a infração 05 que trata de exigência de imposto recolhido a menos em decorrência de divergência entre os valores recolhidos e aqueles escriturados nos livros fiscais, constato que a apuração está demonstrada à fl. 32, cujos valores foram extraídos no livro Registro de Apuração do próprio autuado, conforme cópias juntadas às fls. 34 a 86, enquanto que os saldos devedores foram confrontados com os valores dos DAEs pagos, fls. 114 a 121, sendo, desta maneira, reclamado os valores que foram escriturados e pagos a menos.

O autuado se limitou a dizer que os valores correspondentes ao ICMS foram devidamente quitados, entretanto não aponta e comprova sequer um único valor que está sendo exigido e que já tenha sido pago. Desta maneira não vejo como se processar qualquer modificação no lançamento, ficando mantida integralmente a infração 05.

Por fim, quanto ao enquadramento da multa aplicada, apesar do autuado sustentar que a penalidade compatível à infração 05 seria no percentual de 50% prevista pelo inciso I, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, entendo estar correta a que está indicada pelo autuante, isto é, a constante do inciso II, "b" do mesmo dispositivo legal, a qual se enquadra perfeitamente à acusação, ou seja:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

- a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*
- b) em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado na apuração do imposto;*

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração, no valor de R\$991.137,60.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207182.0032/15-8** lavrado contra **S REIS COMÉRCIO DE MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS E REPRESENTA [REPRESENTAÇÕES] - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$991.137,60** acrescido de multas de 60% previstas pelo Art. 42, inciso II, alíneas "b" e "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 17 de agosto de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA