

A. I. Nº - 232177.3009/16-0
AUTUADO - COMERCIAL COÊLHO HORTIFRUTIGRANJEIRO LTDA. - ME
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/12/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-01/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A apuração do ICMS devido por antecipação parcial deve ser realizada observando-se o valor da operação interestadual – operação interna não há exigência de antecipação parcial do imposto – constante na nota fiscal sobre o qual será aplicada a alíquota interna, devendo ser deduzido do valor apurado o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição - crédito fiscal. Ainda que o contribuinte seja optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional há incidência do ICMS devido por antecipação parcial, consoante estabelece o art. 321, VII, “b”, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12. O levantamento levado a efeito pelo autuante apontou corretamente a alíquota a ser considerada de 4%, por se tratar de mercadorias oriundas do exterior. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$143.668,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, 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 ocorrência: março e setembro de 2012; maio a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015.

O autuado apresentou defesa (fls.29 a 51). De início, registra que acompanham a peça defensiva os seguintes anexos: - cópias de algumas notas fiscais eletrônicas série 001, discriminadas pelo Fisco nos exercícios de 2012, 2014 e 2015, referentes às compras efetuadas fora do estado; - cópia do auto de infração / Termo de Encerramento nº 232177.3009/16-0, fornecido pelo autuante; - cópias dos demonstrativos de apuração do imposto não retido – Antecipação parcial referentes aos exercícios de 2012, 2014 e 2015, fornecidos pelo autuante; - demonstrativo dos débitos de ICMS antecipação parcial nos períodos do ano de 2012, 2014 e 2015.

Discorre sobre os fatos que culminaram na autuação. Tece ampla consideração sobre os princípios relevantes para o processo administrativo fiscal, no caso princípio da legalidade objetiva; princípio da verdade material; princípio da inquisitorialidade; princípio da tipicidade cerrada.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração. Alega a existência de vícios insanáveis que, segundo diz, implicam na nulidade da autuação, nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Diz que a condição indispensável para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal é que as incorreções ou omissões existentes no lançamento sejam eventuais, e que a não observância de certas exigências, digam respeito àquelas de natureza meramente formais. Consigna que não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências inobservadas de caráter meramente formal, descabe qualquer tipo de revisão fiscal, sendo caso de nulidade do Auto de Infração.

Afirma que o Auto de Infração contém omissões e incorreções de natureza grave, e não apenas eventuais, e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Requer, diante disso, que o Auto de Infração seja declarado nulo. Acrescenta que, somente na remota hipótese de esta Junta de Julgamento não acolher o pedido de nulidade é que devem ser apreciados e deferidos, se esse for o entendimento, os pedidos de diligência, feitos ao longo da peça defensiva.

Alega cerceamento do direito de defesa. Diz que ao encerrar o trabalho fiscal o autuante lhe forneceu, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS antecipação parcial que este achava que era devedor.

Assevera que com base nestes elementos materiais, não é possível elaborar uma defesa ideal, onde pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Salienta que os demonstrativos fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros.

No que tange à infração 1, alega que o autuante não lhe forneceu como chegou à base de cálculo do imposto descrito no Auto de Infração nº 233085.0075/14-0 (sic). Afirma que a base de cálculo difere do somatório das notas fiscais elencadas, pelo autuante. Acrescenta que, para corroborar com a afirmativa acima, traz como exemplo uma linha da tabela do Auto de infração, conforme abaixo:

Data Ocorr	Data Venct	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/05/2016	25/06/2016	10.920,00	10,00	60,00	1.003,60

Assinala que a Nota Fiscal nº 924 (anexo 01) que o autuante utilizou para cálculo do imposto no quadro acima difere do valor real total da referida Nota Fiscal que foi de R\$8.400,00. Diz que o autuante deveria ter anexado um relatório de como chegou a essa base de cálculo. Sustenta que assim não procedendo, cerceou o seu direito de ampla defesa.

Ressalta que ficou prejudicado no exercício do direito de defesa, pois cerceado, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Aduz que ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação.

Menciona que sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a sua pretensão de nulidade, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa. Cita como exemplo o Acórdão 303-25. 277 Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, p. 3754, que diz: “*Desatendido requisito essencial de forma impeditiva de exercício, amplo e desembaraçado, do direito, configura-se o cerceamento de defesa, cuja consequência é a nulidade do processo*”.

Acrescenta que também está dito no Acórdão 104-6. 427, publicado no DOU de 31/08/89, pág. 1524/1, que: “*É nula, por preterição do direito de defesa, a decisão de primeira instância*

proferida em processo administrativo fiscal, se o contribuinte não tinha condições de oferecer impugnação fundamentada e completa, por não lhe terem sido informadas suficientemente as razões da exigência fiscal”.

Reafirma que resta evidente, com apoio jurisprudencial, que a ação fiscal foi eivada de inteira nulidade, não podendo perpetrar-se à luz dos princípios do processo administrativo fiscal, que recomendam a perfeita constituição do crédito tributário, em especial, no que se refere à necessidade de que sejam atendidos os corolários jurídicos ao direito tributário, a exemplo do princípio da ampla defesa, a fim de que seja preservado o contraditório e se faça o devido processo legal.

Aduz que é certo que o crédito tributário não ficou constituído de forma legítima, por não ter se assentado dentro do mais estrito princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o que implica, de forma inexorável, em sua nulidade. Registra que este CONSEF, por intermédio de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa. Neste sentido, aponta os Acórdãos CJF nº 0033-12/05, JJF nº 0159-04/05, CJF nº 0270-11/05, CJF nº 0034-12, JJF nº 0492-02/04, JJF nº 0505-04/04.

No mérito, sustenta que a autuação é improcedente. Registra que o art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assevera que o autuante está completamente equivocado na sua apuração fiscal. Diz que a Secretaria da Fazenda criou uma verdadeira parafernália de formulários para serem preenchidos pelos prepostos da Fiscalização. Acrescenta que depois de preenchidos, automaticamente são gerados diversos papéis, com inúmeras designações e apuração de débitos que não são facilmente compreendidos pelos contribuintes.

Afirma que nos relatórios apresentados pelo autuante (anexo 03) a base de cálculo está correta e a alíquota esta equivocada, conforme tabela que apresenta abaixo:

N.Fiscal	Valor R\$	Aliq. Interna	ICMS integral	Crédito de ICMS	ICMS Devido
924	8.400,00	17%	1.428,00	336,00	1.092,00

Alega que não deveria ser considerado o crédito da nota fiscal, haja vista que o art. 321, inciso VII, alínea “b”, § 1º do RICMS/BA, Decreto 13.780/12, traz no art. 321, VII, “b” que: “*sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.*”

Afirma que as compras foram realizadas no Estado de São Paulo, tendo como alíquota interestadual 7% e a alíquota interna no Estado da Bahia no período apurado era de 17%, sendo a diferença então 10%.

Consigna que o autuante agiu assim sucessivamente com todas as notas discriminadas por ele nos meses de 2012, 2014 e 2015.

Requer que a infração seja julgada nula, em face da insegurança da natureza da infração, da fixação do valor da base cálculo e respectiva alíquota, o que permitirá que a ação fiscal seja refeita de maneira correta e cumprindo com o princípio da verdade material. Invoca e reproduz decisões do CONSEF, no caso os Acórdãos nºs 0045/99; 1079/99; JJF nº 0094-01/05; CJF nº 0071-11/05.

Observa que o autuante constatou que em alguns meses dos exercícios fiscalizados existiram algumas irregularidades, porém, não teve como saber compilá-las para apurar a verdadeira base de cálculo e a alíquota correta a ser usada quando da constituição do crédito tributário.

Afirma que as imputações são imprecisas, sem indicação de fonte confiável ou dos critérios que conduziram à configuração da base de cálculo estipulada e conseqüentemente das alíquotas constantes do processo.

Reconhece que em alguns meses houve a entrada de notas fiscais oriundas de outro estado e não recolheu o ICMS antecipação parcial.

Assinala que apresenta um demonstrativo (anexo 04) com o valor real do débito referente aos exercícios de 2012, 2014 e 2015, que o autuante poderá verificar e servir de orientação para prestação da informação fiscal.

Conclusivamente, diz que resta comprovado que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção a base de cálculo do imposto, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam, como chegou a tais valores, entre outras incorreções, citadas.

Em face disso, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, procedente em parte, com retificação dos valores e da base de cálculo do ICMS antecipação parcial, conforme planilha apresentada no anexo 04.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 76 a 78 dos autos). Registra, primeiramente, que se observa que o autuado reconhece a cobrança do ICMS e a infração aplicada, contudo questiona alguns valores, conforme citado na fl.47 dos autos.

Preliminarmente, consigna que o autuado foi devidamente intimado, conforme fls. 05, 06 e 07, para apresentar os livros e não compareceu para atender a intimação.

Observa que o autuado alega erro de cálculo da cobrança do ICMS, em virtude da aplicação incorreta da alíquota, e colaciona aos autos (fls.54 a 62) as notas fiscais que entende contêm o erro aduzido.

Assinala que o autuado menciona o dispositivo legal, porém, não atentou que todas as mercadorias constantes nas fls. 54 a 62 (anexo 01) dizem respeito a mercadorias oriundas do exterior, ou seja, a alíquota a ser considerada é de 4%, sendo as operações interestaduais realizadas com a aplicação da alíquota de 4% por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, e não 7% conforme alegado.

Quanto à alegação defensiva de que os demonstrativos não são claros, diz que, com base no Demonstrativo 2 (fls. 10 a 13) elaborados com a maior clareza, o autuado elaborou o seu demonstrativo, Anexo 4 da Defesa, fls. 72 a 74.

Reitera que o autuado incorreu em equívoco quanto à alíquota aplicada. Afirma que se verifica claramente que o autuado apresentou defesa no sentido de protelar a cobrança dos débitos apurados, pois, reconheceu parte do débito e não efetuou o seu recolhimento e/ou parcelamento.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre uma infração à legislação do ICMS imputada ao autuado. Trata-se de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, 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.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo autuado, por existência de vícios insanáveis que implicam na nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Alega que o autuante lhe forneceu, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando, mês a mês as parcelas de ICMS antecipação parcial que este achava que era devedor, contudo, com base nestes elementos materiais, não é possível elaborar uma defesa ideal, onde pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão.

Afirma que os demonstrativos fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros, portanto, prejudicando o seu direito de defesa, pois cerceado, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

A análise dos elementos que compõem o presente processo, especialmente os demonstrativos aduzidos pelo impugnante, permite constatar que inexistiu o alegado cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório.

Na realidade, o demonstrativo elaborado pelo autuante identifica claramente as notas fiscais arroladas na autuação; a base de cálculo; a alíquota de origem; o valor do crédito fiscal considerado; e o valor do ICMS devido por antecipação parcial.

As decisões aduzidas pelo impugnante não se aplicam ao caso em tela, haja vista que inexistiu o alegado cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

No mérito, cumpre observar que a antecipação parcial do ICMS tem previsão no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, conforme reproduzido abaixo:

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.

A base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, aduzida no dispositivo legal acima reproduzido, tem a seguinte previsão.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Ou seja, a apuração do ICMS devido por antecipação parcial deve ser realizada observando-se o valor da operação interestadual – operação interna não há exigência de antecipação parcial do imposto – constante na nota fiscal sobre o qual será aplicada a alíquota interna, devendo ser deduzido do valor apurado o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição - crédito fiscal.

Vale registrar que mesmo sendo o contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tal situação não afasta a incidência do ICMS devido por antecipação parcial, consoante estabelece o art. 321, VII, “b”, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12 determinação esta também constante no RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Apesar de o autuado alegar a existência de erro de cálculo da cobrança do ICMS, em virtude da aplicação incorreta da alíquota, verifico que não procede tal alegação. Na realidade, conforme esclarecido pelo autuante e consta nos demonstrativos as mercadorias arroladas no Anexo 01, fls. 54 a 62, foram oriundas do exterior, situação na qual a alíquota a ser considerada é de 4%, sendo as operações interestaduais realizadas com a aplicação da alíquota de 4% por força do previsto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, e não 7%.

Por fim, cabe observar que o autuado reconheceu parcialmente o cometimento da conduta infracional que lhe foi imputada no presente Auto de Infração, porém, quanto à parte impugnada não logrou elidir a autuação.

Diante disso, a infração é totalmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.3009/16-0**, lavrado contra **COMERCIAL COÊLHO HORTIFRUTIGRANJEIRO LTDA. – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$143.668,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR