

A. I. Nº - 210372.0080/16-0
AUTUADO - MSJ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ME
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-05/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Ficou demonstrado que os erros apontados pelo impugnante não correspondem à verdade material apontada no processo, visto que o procedimento do autuante comprova-se corretamente demonstrado nos cálculos efetuados, com a correta aplicação da margem de valor agregado, da base de cálculo e da alíquota. Infrações 1 e 2 procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 17/06/2016, quando foi lançado ICMS no valor total de R\$98.863,75 em decorrência das seguintes infrações:

1 - Recolheu a menos o ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições em outros estados da Federação, na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, sendo lançado o valor de R\$94.166,12, acrescido da multa de 60%.

2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente a aquisições em outros estados, na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, sendo lançado o valor de R\$4.697,63, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 462/70, quando afirma se tratar de um frigorífico, onde são realizadas atividades de prestação de serviços relativos a fornecimento de alimentos de origem animal, tudo em conformidade com as informações constantes em seu extrato fiscal. Que, como se demonstrará adiante, o presente Auto de Infração não merece prosperar em relação ao Contribuinte, pelo que se faz necessário a Contestação que se apresenta.

Pede nulidade do lançamento, pois conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto observar que tais requisitos têm como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Que ao analisar o demonstrativo apresentado pelo agente responsável pela lavratura do auto de infração em questão, e, compará-lo com as notas realmente recebidas pelo autuado, tanto pela assinatura do mesmo ao recebê-las quanto pelos DAes anexos às mesmas como prova do adimplemento do contribuinte, é possível constatar lacunas nos períodos pertinentes ao recebimento de algumas notas tidas como fornecidas pelo Estado. Que se as notas recebidas têm como ser atestadas, não há como falar-se em inadimplência sem apresentar os meios que atestam tal recebimento. Pelo contrário, tal cobrança, sem os devidos comprovantes, além de injusta, constitui cerceamento de direitos básicos, bem como princípios fundamentais, gerais e basilares de Direito, como a seguir explanaremos.

O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração. Não poderá ser considerado como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que podem interromper a ligação entre o descrito e o

ocorrido. Que se tratando da análise acerca da validade do auto de infração, faz-se ainda vital a compreensão do art. 18, II do Decreto 7.629 (RPAF).

Que de acordo com o demonstrativo apresentado pelo Agente fiscal, tal fiscalização se deu no período compreendido a partir de janeiro de 2011, findando-se em dezembro de 2015. Porém, faz-se mister destacar que algumas destas notas não chegaram até o contribuinte como deveriam. Enumera diversas notas fiscais não recebidas nos exercícios fiscalizados.

Que ao analisar a extensa lista, percebe-se, pela quantidade de notas, e consequentemente pelos valores atribuídos à mesma, que o montante constituído sobre as mesmas é um valor considerável, levando-se em conta que se trata de uma Empresa de Pequeno Porte. Desta forma, se faz necessário a apresentação dos devidos comprovantes de cada nota constante do demonstrativo fornecido pela autoridade fiscal, uma vez que a ausência de tal prova documental majora substancial e injustamente o presente Auto de Infração, com prejuízo financeiro latente ao contribuinte, que afetaria sobremaneira a sua receita.

Alega ainda que houve inobservância do regime de substituição tributária que está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 150, § 7º, o qual estabelece que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 475/78 e diz que de logo, de uma simplória análise da peça defensiva, constata-se que os argumentos apresentados pela autuada são meramente protelatórios, e não têm nenhum fundamento, além de não apresentarem nenhum fato novo que justifiquem tamanhas irregularidades tributárias. Que quanto à preliminar de improcedência inserida na defesa, é totalmente descabida.

Ressalta que a fiscalização realizada, a que originou a lavratura do presente auto de infração foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no nosso ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL. A autuada tem como Atividade Econômica Principal - CNAE nº 4722901 - Comércio Varejista de Carnes - Açougues, e jamais frigorífico onde são realizadas atividades de prestação de serviços relativos a fornecimento de alimentos de origem animal como diz a autuada em sua peça defensiva, (fls. 10 e 460).

A autuada foi intimada em 29/04/2016, para apresentar o Livro Registro de Entradas, Notas Fiscais de Entradas Interestaduais e Documentos de Arrecadação Estadual. A autuada deixou de apresentar o livro Registro de Entradas, alegando que as notas não estavam escrituradas. (fls. 08 e 21). Quanto à alegação de notas não recebidas, fez uma amostragem para demonstrar que a autuada falta com a verdade, senão vejamos:

A nota fiscal nº 1368 de 24/01/2011, não consta nos demonstrativos no período fiscalizado, não tendo, portanto, nada a ver com a autuação fiscal. As notas fiscais nº 163816/9162 de maio 2011, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 28/29 e 31/32). A nota fiscal nº 329155 de agosto de 2011, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 41 a 43). A nota fiscal nº 532995 de março de 2012, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 66/67).

As notas fiscais nº 13862/439948/577746 de maio de 2012, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 78/79, 80/81 e 82/83). As notas fiscais nº 40399/189490/632141/85874 de agosto de 2012, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 103/104, 105/106, 107/108 e 109/110).

As notas fiscais nº 699527/46363/51517/709633/47307 de janeiro de 2013, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 142/143, 144/145, 146/147, 148/149 e 150/151).

As notas fiscais nº 60956/317716/695818/61879/861021 de outubro de 2013, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 253/254, 255/256, 257/258, 259/260 e 261/262). A nota fiscal nº 736775 de janeiro de 2014, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 288/289).

As notas fiscais nº 68234/68346/68680 de setembro de 2014, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 353/354, 355/356 e 357/358). A nota fiscal nº 1087165 de janeiro de 2015, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 397/398). A nota fiscal nº 100186 de fevereiro de 2015, não consta nos demonstrativos no período fiscalizado, não tendo, portanto, nada a ver com a autuação fiscal.

A nota fiscal nº 18044 de março de 2015, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 404/405). A nota fiscal nº 566466 e 566477 de junho de 2015, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (412/413/414). A nota fiscal nº 649491 de dezembro de 2015, a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência da mesma (fls. 452/453).

Além disso, o que se percebe dos autos, mais especificamente, na declaração assinada pelo representante legal da autuada, à fl. 21, é que a mesma recebeu por meio digital (CD), todas as notas fiscais do período fiscalizado, que embasaram a autuação fiscal. Senhores Julgadores, o que se observa, pois, data vênica, da defesa da autuada, é que não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem as suas frágeis alegações.

Não houve qualquer óbice ao exercício do direito de ampla de defesa e do contraditório para a autuada, estando o auto de infração dentro da mais absoluta legalidade. Como se vê, claramente, nos autos, a autuação fiscal foi respaldada em demonstrativos de apuração de ICMS, nos quais o autuante elencou notas fiscais de mercadorias interestaduais (fls. 23 a 454), que repita-se, foram, todas recebidas regularmente pela autuada, consoante declaração à fl. 21. Ressalta-se, também, inclusive, que tais notas fiscais demonstram de forma inquestionável as aquisições de mercadorias efetuadas pela autuada.

É bom ressaltar que, também, os demonstrativos de apuração de ICMS exigidos, e que serviram de base para a autuação fiscal, consideraram todos os pagamentos efetuados pela autuada. O que se nota das alegações frágeis da peça defensiva, é que a autuada não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração dos ICMS exigidos no auto de infração.

Por fim, mantém na sua integralidade o lançamento efetuado.

VOTO

Trata-se de lançamento tributário com duas infrações de mesma natureza, pela falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, sendo a primeira pelo pagamento a menos do imposto devido, e a segunda pela ausência total do pagamento.

Quanto ao pedido de nulidade, não vislumbro procedência, pois há perfeita descrição da infração, identificação do infrator e capitulação legal, não havendo razão para acolhimento da preliminar pretendida pelo impugnante com base nos argumentos apresentados. Outrossim, à fl. 21 há comprovação do recebimento dos demonstrativos impressos e dos CD com os DANFE no período fiscalizado, tendo o impugnante exercido plenamente o direito de defesa, inclusive protestando quanto ao lançamento em inúmeras notas fiscais relacionadas em sua impugnação, sendo cumprido o devido processo legal. Assim, denego o pedido de nulidade formulado.

Verifica-se pelas notas fiscais anexadas ao processo, que se trata de aquisições interestaduais de carne bovina, cortes congelados de frango etc, que estão inseridas no regime de substituição tributária, e as margens de valor agregado para efeito de substituição tributária estão definidas no Anexo 88 do RICMS 97, e no Anexo I do RICMS 2012. Assim não resta dúvida quanto à

substituição tributária nos produtos comercializados, cuja metodologia de cálculo é definida nos termos da legislação vigente conforme abaixo indicado:

Anexo 88 RICMS 97

32	Produtos comestíveis resultantes do abate de aves em estado natural, refrigerados, congelados, defumados ou temperados.	
32.1	Quando a antecipação for realizada nas operações com os produtos resultantes do abate	Internas: 5% De Estados do Sul/Sudeste, exceto do Espírito Santo: 17% Dos demais Estados: 11%

Pelo Anexo I do RICMS/2012, a redação atual da coluna “MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem)” do item 35 foi dada pela Alteração nº 11 (Decreto nº 14.341, de 01/03/13, DOE de 02 e 03/03/13), efeitos a partir de 02/03/13: produtos comestíveis resultantes do abate de aves - 21,45% (Aliq. 4%), 17,65% (Alíq. 7%), 11,33% (Alíq. 12%), e operações internas - 5%.

O impugnante apresenta extensa lista com possíveis erros cometidos pelo autuante, e diz que se faz necessário a apresentação dos devidos comprovantes de cada nota constante do demonstrativo fornecido pela autoridade fiscal, uma vez que a ausência de tal prova documental majora substancial e injustamente o presente Auto de Infração, com prejuízo financeiro latente ao contribuinte, que afetaria sobremaneira a sua receita.

O impugnante rebateu, demonstrando que as notas fiscais estão com cálculos e demonstrativos, além dos comprovantes de pagamento que asseguram a certeza e liquidez da falta de pagamento ou pagamento a menos, a exemplo ds notas fiscais nº 68234/68346/68680 de setembro de 2014, que a autuada efetuou o recolhimento a menor, demonstrando claramente a existência das mesmas (fls. 353/354, 355/356 e 357/358).

De fato, à fl. 354 consta o DAE de pagamento da nota fiscal 68.234 cujo valor é de R\$980,17 e o demonstrativo à fl. 352 aponta o valor de R\$1.705,63. Chamo a atenção que o autuante aplicou a alíquota de 17% em todo o período (que vai até dezembro de 2015), quando a partir de 02/03/2013 a alíquota passou para 17,65% para aquisições de estados cuja alíquota interestadual é de 7%, devendo ser renovada a ação fiscal para cobrar a diferença. Assim, ficou demonstrado que os erros apontados pelo impugnante não correspondem à verdade material apontada no processo, visto que o procedimento do autuante comprova-se corretamente demonstrado nos cálculos efetuados, com a correta aplicação da margem de valor agregado, da base de cálculo e da alíquota.

Recomendada a renovação da ação fiscal para efetuar a diferença da cobrança acima explicada, vez que a alíquota foi alterada para 17,65% a partir de 02/03/2013.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210372.0080/16-0** lavrado contra **MSJ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$98.863,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR