

A. I. Nº - 232209.0109/15-6
AUTUADO - CIMENTO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP
AUTUANTE - RONALDO LOPES CARNEIRO DA SILVA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO; É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização não enquadradas no regime de substituição tributária. Sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, salvo se existir regime especial para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Após saneamento, houve a diminuição do valor do imposto exigido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/02/2015, exige ICMS no valor de R\$26.514,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência da constatação das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado, por contribuinte enquadrado no Simples Nacional:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor do imposto: R\$17.801,30.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor do imposto: R\$8.713,52.

O autuado impugna o lançamento fiscal (fl. 43) relativamente à infração 01. Como preliminar, apresenta as determinações do art. 352-A do RICMS/97. No mérito, ressalta de que diante das

determinações do referido artigo “se não constar da Nota Fiscal o valor do frete FOB, a base de cálculo será apenas o valor da operação constante do documento fiscal, sendo assim, no que refere-se a ICMS Antecipação Parcial, o Auto de Infração lavrado diverge em PARTE do débito da empresa conforme planilhas anexas. CONSTATANDO apenas falta de recolhimento nos meses de junho, julho e agosto/14”.

Requer a procedência parcial da autuação.

Apensa aos autos planilhas, NF-e's e DAE's ás fls. 53/132. E, em 02/02/2016 apensa aos autos mais duas notas fiscais (fls. 135/137).

Com tais planilhas apresenta os seguintes argumentos:

1. Diversos documentos autuados são, na verdade, CT-es. Em assim sendo, não é devedor da antecipação tributária nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, agosto e outubro (fls. 53, 54, 55, 57, 108, 125, 126).
2. No mês de abril (fls. 56) além de NF-es serem CT-es, diz que houve erro no DAE preenchido para pagamento da antecipação parcial. Que duplicou, no DAE (ICMS recolhido em maio/14 - fl. 59), o número da NF-e nº 632163. Na verdade ela seria a de nº 274794.
3. Para junho apresenta cálculos para as NF-es nº 1415, 1921, 24536, 7334, 1905, 145555, 534878 e 25050. As demais, afirma serem CT-es - fl. 83.
4. Quanto ao mês de julho, apresenta cálculos para as NF-es nº 539155, 539156, 539157, 540557, 540558, 54, 248428 e 166942. As demais, afirma serem CT-es - fl. 97.
5. Em setembro de 2014 diz que todos os documentos são CT-es, a exceção do de nº 259, que se refere à aquisição de material de uso e consumo.
6. Para o mês de novembro afirma serem todos os documentos autuados CT-es, a exceção do de nº 312155, lançado em dezembro/14 - fl. 127.
7. Para dezembro diz serem todos os documentos autuados CT-es, a exceção do de nº 122554 cujo imposto foi recolhido em 26/01/15 - fl. 130.

O autuante (fls. 137/140), na sua informação fiscal, afirma que a empresa deve fazer prova de que os documentos fiscais (NF-es) autuadas eram Conhecimento de Transporte

Não aceita o argumento defensivo relativo ao mês de abril de 2014 por entender que os documentos fiscais são diferentes (nºs 274794 e 632163). Ressalta que aquela de nº 632163 não faz parte do presente Auto de Infração, inclusive já com substituto tributário (fls. 135/136). Desta forma mantém a exigência fiscal no valor de R\$242,24, referente à NF-e nº 274794.

Para o mês de junho de 2014 retira do lançamento fiscal todos os documentos que a empresa alega serem CT-es, inclusive o nº 25050 por esta aceito no lançamento fiscal. Não apresenta qualquer motivo para assim agir, e reduz o valor do ICMS de R\$7.084,12 para R\$6.335,19, valor a menor do que a empresa entende ser devedora - R\$6.545,06 (fl. 139).

Esta mesma situação se constata no mês de julho/14. Reduz o valor do ICMS de R\$5.547,65 para R\$5.224,48, valor a menor do que a empresa entende ser devedora - R\$5.412,02 (fl. 140).

Acata os argumento de defesa aos itens 5, 6 e 7 da infração 01, a exceção dos CT-es.

Não realiza qualquer demonstrativo do valor do imposto a ser exigido.

A empresa foi intimada para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 142/143), mas não se pronuncia.

Em 29/12/2015, através do benefício que trata a Lei nº 13.449/15 (CONCILIA BAHIA), recolhe o imposto total da infração 02 e o imposto no valor de R\$7.084,12 referente a junho/2014 e R\$5.412,02 do mês de julho/2014 (fls. 145/146).

Por não se ter a real liquidez do valor do imposto a ser exigido (inclusive sem a chave de acesso dos documentos fiscais autuados), esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 30/04/2016 (fls. 148/149),

após analise, decidiu encaminhar o presente processo ao autuante para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Apensasse aos autos todos os documentos fiscais que a empresa alega serem CT-es.
2. De posse destes documentos, analisasse se eles eram, ou não, CT-es. Caso positivo, retirá-los do levantamento fiscal. Caso negativo, mantê-los.
3. Explicasse o motivo das exclusões realizadas nos meses de junho e julho de 2014.
4. Apresentasse Demonstrativo de Débito do imposto exigido, mesmo que não restasse provado que os documentos fiscais eram CT-es, porém com as exclusões que foram realizadas.

O autuante (fls. 153/156), ao se manifestar sobre a diligência solicitada por esta 4ª JJF, informa que, de fato, cabe razão à empresa quando alega de que certos documentos são CT-es e não NF-es.

Em assim sendo, tomou as seguintes providências:

1. Excluiu da autuação o imposto exigido referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2014.
2. Novembro de 2014 – após excluir todos os CT-es, o valor do imposto neste mês passou para R\$888,95 (NF-e nº 312155). Entretanto, o autuado comprovou o pagamento do imposto através do DAE no valor de R\$2.118,08 (fl. 128). Em assim sendo, deve o imposto deste mês, de igual forma, ser excluído da autuação.
3. Abril 2014 – esta ocorrência passou para R\$242,24, uma vez que a NF-e nº 632163 (cujo imposto foi recolhido por substituição tributária), conforme já explicitado anteriormente, nada tendo a haver com a NF-e nº 274794. Observa de que foram emitidas por fornecedores diferentes, de estados diferentes e “dados diferentes”.
4. Após exclusão dos CT-es, as ocorrências dos meses de junho e julho de 2014 passam para os valores de R\$6.367,05 e R\$5.224,48, respectivamente.

Apresenta o Demonstrativo de Débito da infração 01, como se segue.

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA (%)
30/04/2014	25/05/2014	242,24	60
30/06/2014	25/07/2014	6.367,05	60
31/07/2014	25/08/2014	5.224,48	60
TOTAL		11.833,77	

Em relação á infração 02, observa de que o contribuinte não a contestou. A mantém em sua totalidade.

Em seguida, diz que havia exigido o imposto, quando da fiscalização, em relação aos CT-es pois o contribuinte não os trouxe á época que os solicitou. Observa que o ônus da prova cabe a quem alega. Que no presente processo o autuado assim não agiu. Na sua primeira informação sugeriu que a respeito deste assunto somente poderia se pronunciar no momento em que a empresa trouxesse aos autos tais documentos. E caso tivesse feito, seria desnecessária a solicitação da diligência, pois não lhe cabe perquirir prova a favor do contribuinte e sim do Erário.

Apresenta ás fls. 157/262 cópias de diversos CT-es (com cláusula FOB) e afirma que esta situação somente foi possível devido ao sistema PRODIFE que permite visualizar estes documentos. Caso contrário teria que intimar o contribuinte para apresentar estes documentos fiscais, gerando gastos desnecessários ao Erário, ... “ficando a mercê do pronunciamento do contribuinte”.

Ainda diz: “o contribuinte teve duas oportunidades para provar que os documentos em questão tratavam-se de Conhecimento de Transporte e não de Notas Fiscais. O autuado apenas teve

acesso exclusivamente ao que estava transscrito na escrita fiscal do contribuinte, sem ter podido visualizar tais documentos, pois os mesmos nunca foram apresentados, ainda que intimado a fazê-lo”.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação prestada pelo autuante. No entanto, não o fez, embora tenham sido enviadas correspondências à empresa, aos seus sócios, bem como, ter havido intimação através de Edital publicado no Diário Oficial (fls. 266/277).

VOTO

No mérito, a infração 01 do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização por empresa enquadrada no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional O levantamento fiscal teve por base as NF-es, ditas de mercadorias adquiridas pela empresa.

O autuado não se insurge sobre a norma posta. Porém indica que a maioria dos documentos autuados foram Conhecimentos de Transporte – CT-es. E, em relação às NF-es autuadas, traz a argumentação exposta no presente relatório com cópia das mesmas e de documentos (inclusive DAEs) para demonstrar o desacerto da autuação. Nas planilhas apresentadas diz ser devedor do ICMS somente nos seguintes meses:

- Junho/2014 – ICMS no valor R\$8.349,23 e com redução de 20% no valor de R\$6.679,38 (fl. 84).
- Julho/2014 – ICMS no valor de R\$5.664,00 e com redução de 20% no valor de R\$4.531,20 (fl. 98).
- Agosto/2014 - ICMS no valor de R\$10.113,11 e com redução de 20%, mais DAE recolhido, perfazendo valor de R\$5.872,58 (fl. 109), embora neste mês a fiscalização somente tenha exigido o imposto no valor de R\$17,70.

E, aproveitando o benefício contido na Lei nº 13.449/15, recolhe o imposto dos meses de junho e julho/2017 nos valores de R\$7.084,12 e R\$5.547,65, respectivamente.

O autuante, por seu turno, entende que quem deve provar que os documentos fiscais autuados eram CT-es e não NF-es era o contribuinte. Em assim sendo, afirma não os ter excluído da autuação. No entanto, quando da instrução processual, restou provado de que ele havia os excluído nos meses de junho e julho de 2014, porém não dos demais meses.

Ao analisar as peças processuais resta provado que:

1. O autuante, em 21/08/2015 intimou o contribuinte a apresentar diversos documentos fiscais (fl. 22), entre eles as notas fiscais de entradas mercadorias e não os CT-es (FOB).
2. Em 24/08/2015 realizou outra intimação (fl. 23). Nela. não determinou o que estava a solicitar. Lembra-se que estas intimações são genéricas e o autuante quando de sua entrega deve especificar o que necessita para proceder à auditoria a ser realizada e conforme determinações emanadas da administração superior.
3. Apensou aos autos somente por amostragem de alguns documentos fiscais autuados (fls. 24/34).
4. Não apresentou as chaves de acesso de qualquer documento fiscal autuado.
5. Tendo conhecimento de que os documentos fiscais escriturados poderiam ser, ou não, CT-es, quando da fiscalização deveria ter perquirido tal situação, não sendo da responsabilidade do sujeito passivo tributário fazê-lo, pois a auditoria é de competência do fisco.

E, mais importante, razão assiste ao autuante quando diz que o ônus da prova é de quem acusa. No caso, a acusação é da Fazenda Pública que deve, obedecendo a todo o devido processo legal, trazer aos autos esta prova. No caso específico, afirmou ela (Fazenda Pública) ser eles NF-es e não CT-es.

Com todos estes pontos ora abordados, não havia certeza da real liquidez do valor do imposto a ser exigido, o que motivou a solicitação de diligência desta 4ª JJF.

Somente após a diligência requerida e, agora, com as devidas provas acostadas aos autos, é que restou determinada a base de cálculo do imposto e, consequentemente, o que o fisco deve exigir.

Pelo saneamento realizado no presente processo, restou provado, com base na auditoria levada a efeito, que o autuado é devedor do ICMS nos seguintes meses:

1. Abril de 2014 - resta procedente o valor de R\$242,24. O autuante, corretamente, não aceitou os argumentos de defesa. Afora que, se acaso, houvesse de fato erro de preenchimento do DAE deveria o autuado ter providenciado a sua retificação. Não consta nos autos tal procedimento.
2. Junho e Julho de 2014 nos valores de R\$6.367,05 e R\$5.224,48, respectivamente.

Insistentemente chamado a conhecer o resultado do saneamento do processo realizado pelo próprio autuante, a empresa, mesmo intimada por Edital, não se pronunciou.

Sendo assim, somente posso acatar como procedente o valor de R\$11.833,77, apresentado pelo fiscal autuante relativo a presente infração, cujo demonstrativo consta no Relatório do presente Acórdão.

A infração 02 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. O contribuinte não se insurge contra o ICMS exigido, ao contrário, o recolhe com os benefícios da Lei nº 13.449/15. Em assim sendo, fica mantido o valor do imposto exigido de R\$8.713,52.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$20.547,29, observando que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda deve homologar os valores do imposto efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232209.0109/15-6, lavrado contra **CIMENTO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.547,29**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II. “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda deve homologar os valores do imposto efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA