

A. I. N° - 089027.0011/16-8
AUTUADO - BRASIL CENTRAL DE DISTRIBUIÇÕES DA BAHIA LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO VILSON MIRANDA LIMA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO- INTERNET 02.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0069-02/17

EMENTA. ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração não elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infrações caracterizadas. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO CORRESPONDENTE A PARTE PROPORCIONAL DA REDUÇÃO. Infrações subsistentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Infração não elidida. Rejeitada a arguição de nulidade e não apreciada a alegação de constitucionalidade da ação fiscal, por faltar competência a este órgão julgador. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.216.355,85, em razão de:

Infração 01 - 07.15.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$350.299,92, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondentes aos meses de janeiro de 2013 a agosto, outubro a dezembro de 2014, conforme demonstrativo às fls.22 a 52.

Infração 02 - 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$597.770,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro de 2013 a janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.175 a 186.

Infração 03 - 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$45.558,21, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de fevereiro a agosto, outubro e dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls.187 a 189.

Infração 04 - 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 56.485,33, em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.283 a 288.

Infração 05 – 01.05.03 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$66.942,08, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.289 a 300.

Infração 06 - 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$49.430,10, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondentes aos meses de janeiro e setembro de 2013, agosto e outubro de 2014, conforme demonstrativo às fls.22 a 52.

Infração 07 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2013, janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.301 a 308. Multa no valor de R\$49.870,14.

O autuado foi cientificado da autuação em 14/04/2016 através da Intimação e AR dos Correios, fls.554 e 556, e apresentou defesa em 20/05/2016, fls. 90 a 99, mediante advogado habilitado nos autos, onde inicialmente transcreve as infrações e comenta sobre a tempestividade da defesa.

Passa a discorrer sobre as razões de fato e de direito visando mostrar a nulidade do auto de infração, nos termos abaixo alinhavados.

Argumenta que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pela fiscalização deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Aduz que 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 os seguintes requisitos: *a. Nome e qualificação do autuado; b. O local, a data e a hora da lavratura; c. A descrição clara e precisa do fato; d. A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; e. A exigência a ser cumprida; f. A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; g. A assinatura do atuante e do autuado, quando possível; h. A indicação da repartição aonde correrá o processo.*

Pontua que o cumprimento dos requisitos acima tem 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.

Aduz Cerceamento de Defesa referente ao Item “h”, sob alegação de que não foi informado o endereço da repartição onde corre o processo.

Alega, ainda, afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, por desobediência ao artigo 50, inciso LV, da Constituição Federal, e prossegue comentando que o contraditório consiste no direito de o sujeito passivo de se manifestar sobre todos os fatos narrados no processo e documentos carreados aos autos, de modo a assegurar que a parte tome conhecimento dos atos processuais praticados contra si e possa a eles reagir.

Repete que no processo administrativo, o auto de infração deve conter o endereço da repartição onde correrá o processo para que o contribuinte possa apresentar as suas razões e seus recursos pela via postal ou pessoal, procedimento comum no processo administrativo fiscal federal, sob pena de configurar violação direta a princípio constitucional em prol do contribuinte.

Alega que não foi informada a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária. Diz que o autuante informa que o valor do auto de infração ora atacado concerne apenas aos valores históricos, e consta no demonstrativo de débito o valor atualizado até a data da lavratura, todavia não há nos autos a legislação que foi utilizada para alcançar o valor da exação, configurando de plano vício no lançamento, motivo que qual deve o mesmo ser anulado. Sustenta que o ICMS cobrado foi indevidamente lançado, não podendo ter sido incursão no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade *ab initio*, corroborando as alegações de iliquidizez e incerteza do auto de infração.

Observa que ocorreu a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, e redundaram em erro da fiscalização, conforme o demonstrado no quadro apresentado, fato que entende por si só eivar de nulidade o auto de infração lavrado, pois desobediência ao art. 142 do CTN.

Assim, dizendo não possuir as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, considera nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

E ainda, diz que além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveria a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

No mérito, pontua que o crédito tributário constituído está eivado de ilegalidade, uma vez que o auditor tomou como base para o lançamento somente o EFD/SPED, ou seja, que a base de cálculo está alargada e não condiz com a realidade das operações, entendendo que deveria o auditor ter investigado os livros fiscais e apuração de ICMS, além de ter analisado cada nota fiscal bem como os valores recolhidos, para somente depois constituir o crédito tributário.

Dentre as alegações da autoridade fiscal, aduz ter verificado que existem várias notas que foram pagas de várias formas tais como; destacado em nota fiscal; DAE pago; pago através de auto de infração; mercadorias classificadas como ST errada. Diz que a grande maioria das notas foi lançada, está no livro e no Registro de Entradas de 2013 e 2014, que sequer foi solicitado pela autoridade fiscal.

Argui que o Estado da Bahia autoriza a utilização de créditos presumidos aos adquirentes de mercadorias de optante pelo Simples Nacional segundo o Decreto 13.780 de 16/03/2012, art. 269 inciso X, e por isso, utilizou o percentual de 10% como crédito fiscal.

Além disso, informa que possui termo de acordo que concede na base de cálculo a redução de 41,176%, o que diz não ter sido observado pela fiscalização.

Invoca o artigo 151, III, do CTN, para suscitar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e que face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelo auto de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Pelo exposto, e com base nas provas documentais acostadas ao procedimento, requer:

Seja regularmente distribuída e conhecida a presente IMPUGNAÇÃO, sendo processada pelo órgão competente;

1. *Seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente impugnação;*
2. *Seja adentrado no mérito da presente defesa, e declarado a inconstitucionalidade da exação, anulando assim o lançamento tributário;*
3. *Seja mantida\expedida a Certidão Positiva com efeito de Negativa do contribuinte, já que o crédito tributário, está suspenso pela apresentação deste recurso administrativo.*

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 575 a 577, destaca que as ocorrências referentes à apuração e a composição do montante do débito apuradas, ao longo das atividades de Auditoria,

foram exaustivamente descritas com vasto esclarecimento em demonstrativos, anexos ao Auto de Infração com cópias que foram entregues a empresa.

Diz, ainda, que tais ocorrências que se constituem em infrações, estão descritas no Auto de Infração, com seu enquadramento legal, bem assim, o dispositivo legal referente à multa aplicada, sustentando, assim, que a autuação atende a todas as exigências contidas nos RPAF.

Conclui afirmando que o Auto de Infração está adequado, e que a defesa apresentada é inteiramente desconexa dos fatos que ensejaram a instauração do presente PAF, pelo que, manteve seu procedimento fiscal, pugnando pelo julgamento PROCEDENTE da autuação.

VOTO

Analizando a argüição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, faltando-lhe a motivação e a correta capitulação legal, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tais argumentos não podem ser acolhidos, pelos seguintes motivos:

1. O PAF está revestido das formalidades legais, no auto de infração estão indicados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, a multa exigida que está fundamentada em diploma legal vigente, e no demonstrativo denominado “RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO”, fls.08 a 93, e mídia digital (CD) à fl.94, que fundamentam a autuação. A descrição do fato foi feita de forma clara, sendo indicado no campo “enquadramento legal” os dispositivos legais, quais sejam: artigo 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 C/C artigo 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, publicado através do Decreto nº 13.780/12. Além disso, também foi indicada que a multa está fundamentada no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.
2. A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. O demonstrativo acima mencionado elaborado pelo autuante identifica de forma bastante clara a infração, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão. Portanto, a origem dos valores lançados no demonstrativo de débito está comprovada, pois o levantamento fiscal relaciona todas as notas fiscais, descriminando-as uma a uma. Se correta ou não a exigência, isto será motivo de apreciação quando do mérito.
- a) Os valores dos débitos (valores históricos) apurados no levantamento fiscal foram transferidos para o Demonstrativo de Débito constante às fls. 04 a 06, no qual, está demonstrada a base de cálculo, a alíquota, a multa pelo descumprimento da obrigação principal da ordem de 60% e o débito apurado. Como não poderia ser de outra forma, os débitos apurados estão atualizados até a lavratura do auto de infração, e foi dada a oportunidade de o sujeito passivo quitá-los com redução da multa, ou impugná-los, como de fato ocorreu. Consta à fl.03 do auto de infração, além do prazo para interposição de defesa, a citação dos artigos 45 e 45-B que tratam das hipóteses de redução da multa. Já na folha 5 do AI, consta no final que “O débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito”.
3. Ao contrário do alegado na defesa, o auto de infração identifica que o mesmo foi originado na Superintendência de Administração Tributária – SAT, mais precisamente na Infaz Feira de Santana, inclusive consta também na intimação à fl.16 expedida para apresentação de livros e documentos e recebida pelo autuado. Portanto, está identificado no auto de infração o local onde inicia a tramitação do processo.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, pois a fiscalização obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração; e aplicação da respectiva multa, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito.

Sendo assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, pois conforme acima comentado incorreu qualquer afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, e por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Superadas as arguições de nulidades, passo ao exame do mérito, propriamente dito, de acordo com as infrações imputadas ao sujeito passivo.

As infrações 01 - 07.15.01 e 06 - 07.15.02 se referem a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS – antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, cujos respectivos levantamentos fiscais às fls.22 a 52, demonstram o cálculo do débito feito com base na diferença entre as alíquotas interna e de origem.

As infrações 02 - 07.01.01 e 03 - 07.01.02, tratam da falta de recolhimento e recolhimento a menos, do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, cujos débitos estão com seus cálculos demonstrados nos levantamentos fiscais às fls.175 a 189, respectivamente.

A infração 04 – 01.02.40, diz respeito a utilizou indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.283 a 288.

Já a infração 05 – 01.05.03, concerne a imputação de que o autuado deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme demonstrativos às fls.289 a 300.

E finalmente a 07 – 16.01.01, que imputa a entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativos às fls.301 a 308.

Ao defender-se o sujeito passivo alega que a fiscalização tomou como base para o lançamento somente o EFD/SPED, sem a análise de cada nota fiscal bem como sem a verificação dos valores recolhidos. Verifico que esta alegação não se presta para elidir a legitimidade do lançamento tributário, visto que, a fiscalização tomou por base exatamente o constante nos documentos fiscais de aquisições em nome do autuado, e ao efetuar seu trabalho fiscal constatou que várias notas fiscais não foram escrituradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD); que não foram realizados recolhimentos a título de ICMS-substituição tributária e ICMS-antecipação parcial, inclusive foi detectada a ocorrência de utilização indevida de créditos fiscais sem a apresentação dos competentes documentos fiscais.

Ademais, o autuado limitou-se a alegar a existência de várias notas que foram pagas de diversas formas tais como: destacado em nota fiscal; DAE pago; pago através de auto de infração; mercadorias classificadas como ST errada, inclusive, que a grande maioria das notas foi lançada no Registro de Entradas de 2013 e 2014, que sequer foi solicitado pela autoridade fiscal. Também não merece acolhimento, pois em relação a solicitação do referido livro, constata-se na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos à fl.16, que foram solicitados todos os livros e documentos fiscais, inclusive livros da escrituração fiscal, do que se depreende que a fiscalização os considerou no trabalho fiscal. Além do mais, o autuado não apresentou nenhum demonstrativo contemplando os valores nas situações acima.

Sobre o argumento de que o Estado da Bahia autoriza a utilização de créditos presumidos aos adquirentes de mercadorias de optante pelo Simples Nacional segundo o Decreto 13.780 de 16/03/2012, art. 269 inciso X, e por isso, utilizou o percentual de 10% como crédito fiscal, ressalto em primeiro lugar, que o estabelecimento nas datas dos fatos geradores se encontrava no regime

normal de apuração do ICMS, e o crédito fiscal foi considerado indevido pela falta de apresentação das respectivas notas fiscais.

Relativamente sobre a alegação de que possui termo de acordo que concede na base de cálculo a redução de 41,176%, e que isto não observado pela fiscalização, constato que em todas as infrações não é aplicável tal benefício, devido ao fato de que os débitos foram apurados com base nas entradas de mercadorias, enquanto que a aplicação da aludida redução é aplicável sobre as saídas de mercadorias.

No que tange à pretensão do autuado para a aplicação do artigo 151, III, do CTN, de fato a interposição da presente defesa suspende a exigibilidade até o desfecho final da lide, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Quanto ao pedido para que seja declarada a constitucionalidade da exação fiscal, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de constitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Ante o exposto, restando caracterizadas todas as infrações, 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 **089027.0011/16-8**, lavrado contra **BRASIL CENTRAL DE DISTRIBUIÇÕES DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.166.485,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos, VII, alíneas “a” e “b” e II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$49.870,14**, prevista no inciso IX, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR