

A. I. N° - 272041.3007/16-2
AUTUADO - PAPERCLIN COM. E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HIGIÉNICOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.09.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É indevida a apropriação neste caso. Fato não contestado. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. **b)** BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fatos não contestados. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Argumentos defensivos não foram capazes para elidir tal imputação. Mantido o lançamento. Rejeitado o pedido para redução e/ou cancelamento das multas, bem como não apreciada a alegação de confiscariedade das mesmas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2016, exige ICMS no valor de R\$99.766,33, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

01 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$17.340,92, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro, março, maio, junho, julho, outubro e novembro de 2015, conforme demonstrativos às fls.08 a 09, e 15 a 22.

02 – 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.039,35, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril, maio e setembro de 2014, e janeiro de 2015, conforme demonstrativos às fls.10 a 12.

03 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$244,98, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de março de 2014, conforme demonstrativos às fls.13 e 14.

04 - 07.15.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$81.141,08, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização nos meses janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativos às fls.23 a 42.

Em 21/02/2017, através do Processo SIPRO nº 028526/2017-0, o autuado por seu representante legal, apresenta sua impugnação às folhas 45 a 56, destacando a sua tempestividade, transcreve a

infração 04, os artigos 12-A e 42, inciso II, alínea “d”, ambos da Lei nº 7.014/96, para discorrer sobre os motivos de discordância e razões de direito no qual se fundamenta sua peça de defesa.

Apresenta no corpo de sua defesa um quadro contendo, para cada competência autuada, os valores da base de cálculo, da antecipação parcial, multa de 60%, atualização monetária e o total dos débitos lançados no auto de infração.

Em seguida, dizendo que a fiscalização não só autua pelo suposto recolhimento fora do prazo, mas pela ausência de recolhimento do principal argumenta que tal informação não tem qualquer fundamento, pois a empresa efetuou o recolhimento do imposto na apuração mensal, conforme tabela contendo os meses de competências e os valores do ICMS declarados no livro fiscal transcrita à fl.49 de sua defesa.

Aduz que, embora o autuante tenha verificado a inexistência de recolhimento do ICMS especificamente na modalidade “antecipação”, deixou de verificar a apuração mensal, os recolhimentos e os arquivos que comprovam que recolheu corretamente todos os tributos devidos.

Nesse sentido, frisa que o autuante cometeu um grave erro no momento da fiscalização junto ao seu estabelecimento, não expressando o Auto de infração a realidade contábil/fiscal da empresa, razão pela qual entende que deve ser declarada parcialmente nula a ação fiscal objeto desta defesa administrativa.

Visando comentar sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, faz uma análise sobre a data efetiva do recolhimento do tributo e a data prevista em lei para o cumprimento da obrigação, à luz do artigo 1º da Portaria nº 114/2004, que o transcreveu, arguindo que dita norma permite que a Empresa na condição de “credenciada”, recolha o ICMS por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria.

Art. 1º Nas entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, a que se refere o § 7º do art. 125 do RICMS, estarão credenciados a efetuarem o recolhimento do imposto antecipado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento os contribuintes regularmente inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I - possuam estabelecimento em atividade há mais de seis meses;*
- II - não possuam débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;*
- III - estejam adimplentes com o recolhimento do ICMS;*
- IV - estejam em dia com as obrigações acessórias e atendam regularmente as intimações fiscais.*
- V - tenham adquirido mercadorias de outras Unidades da Federação.*

Com base nisso, frisa que é “Credenciado” e que o imposto apurado mensalmente (regime de débito e crédito) fora recolhido no dia 09 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria. Ou seja, que recolheu o imposto antes mesmo do vencimento do prazo estabelecido pela Portaria, ainda que este não tenha sido recolhido com o código específico de antecipação.

Assim, entende que não seria justo, muito menos aceitável, a imposição de penalidade quando a autuação praticada pelo Fisco encontrar-se em total desarmonia com a realidade dos fatos do Contribuinte, como no presente caso.

Em sequência, repete que o tributo já fora recolhido, ainda que tal recolhimento tenha ocorrido com outro código. Salienta que admitir como válido a lavratura do Auto de Infração com a cobrança do imposto, implica na tributação novamente pela mesma regra matriz de incidência

tributária, situação, que é vedada na doutrina, intitulada como Princípio jurídico do *non “bis in idem”* que significa "bis", repetição, "in idem", sobre o mesmo.

Comenta que o recolhimento do imposto por "antecipação", não caracteriza a ocorrência da hipótese de incidência tributária prevista no artigo 4º, inciso I da Lei nº 7.014/96 que trata do imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) do Estado da Bahia. Sobre o tema, transcreve lição de renomado professor de direito tributário, quando ensina que a cobrança do crédito tributário é por força da realização do fato jurídico, diferentemente da multa que é um fato ilícito. Assim, diz o defendant que não cometeu nenhum fato ilícito, e que não foi recolhido o tributo, devidamente comprovado o fato acima mencionado, pela análise de todos os arquivos em posse do fisco, sustentanto que não merece prosperar a presente autuação.

Analizando a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, invocou o artigo 150, inciso IV, da CF/88, para arguir que a mesma foi utilizada com efeito de confisco. Cita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

Ao final, requer:

- a) seja declarado parcialmente insubstancial o Auto de Infração nº 272041.3007/16-2;
- b) o cancelamento da infração nº 04 – 07.15.01;
- c) a juntada dos documentos anexos;
- d) a produção de provas com base no artigo 123, parágrafo 5º e 6º do Decreto 7.629/99 e posteriormente, se ainda necessário, a produção de prova pericial, com base no artigo 123, parágrafo 3º do mesmo diploma legal.

O autuante apresentou sua informação fiscal à fl. 88, na qual, discordou das razões defensivas, tendo ressaltado que o RICMS/BA entende como passível de análise sobre a materialidade ou não da ocorrência do fato gerador do ICMS - taxativamente discriminados - o SPED FISCAL/CONTÁBIL e as Notas Fiscais Eletrônicas.

Argumenta que em sua alegação o autuado não junta provas materiais de que não houve o cometimento da infração, e ainda acrescenta à fl.49 "...*Ocorre que o Auditor Fiscal não só autua pelo suposto recolhimento fora do prazo. Mas pela ausência de recolhimento do principal. No entanto. Tal informação não tem qualquer fundamento, pois o recorrente efetuou o recolhimento do imposto na apuração mensal, conforme tabela abaixo: ...*".

Então o autuante concluiu o seguinte:

1. *Em momento algum a empresa autuada recolheu a Antecipação Parcial referente ao ano de 2014 sob o código de receita 2.175 – ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL (Relação de DAEs – Ano 2014/2015 anexo);*
2. *A autuada não elabora planilha analítica para comprovar o que alega referente ao “possível” recolhimento da ANTECIPAÇÃO PARCIAL no Conta Corrente do ICMS; A autuada não explica a coluna “Estorno de Débito” = R\$62.058,68, “Crédito Ajustado Apuração” = R\$33.001,28, e nem a coluna “Estorno de Débito” = R\$5.081,26. Ainda, no SIAF não estão analiticamente demonstrados os Detalhamentos destes lançamentos. Logo, não há respaldo material dessas ocorrências.*

Com base no acima comentado, manteve integralmente seu procedimento fiscal.

Constam às fls. 94 a 97, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de "Detalhes de Pagamento PAF", referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 18.625,25 (valor principal).

VOTO

O presente lançamento de ofício está constituído por quatro infrações, imputadas ao contribuinte autuado, sendo que na defesa administrativa foi reconhecido o cometimento das infrações 01-01.02.06, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sobre referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição; 02-06.01.01, referente a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo; e 03-06.02.01, inerente a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisição de bens de uso e consumo. Sendo assim, não existindo lide a ser julgada em relação aos citados itens, ficam mantidos os lançamentos dos débitos nos valores de R\$17.340,92; R\$1.039,35 e R\$ 244,98, respectivamente. Consigno que o autuado já recolheu os débitos em questão, no total de R\$18.625,25 (valor principal), conforme documentos 94 a 97, extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas.

Quanto à infração 04 – 07.15.01, foi lançado o imposto que não foi recolhido a título de “antecipação parcial” sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização.

Na defesa, o autuado arguiu a improcedência desta infração sob alegação de que efetuou o recolhimento do imposto na apuração mensal, conforme tabela contendo os meses de competências e os valores do ICMS declarados no livro fiscal transcrita à fl.49 de sua defesa e documentos acostados às fls.70 a 81.

Analisando tais documentos constato que se tratam de recibos de entrega de escrituração fiscal digital dos meses de janeiro a agosto de 2014, e resumo de apuração dos meses de setembro a novembro de 2014, e através deles não há como confirmar o alegado na defesa, visto que, nos recibos de fls. 70 a 77 não constam se foram considerados como “débitos” os valores da antecipação parcial. Já nos documentos de apuração de fls.78 a 80, constam além do imposto decorrentes de saídas de mercadorias, valores sob o título de “estorno de débito”. Além disso, confirmei que na mídia digital de fl.83 constam os mesmos documentos que foram acostados à defesa.

Para impugnar de modo válido o lançamento tributário, o sujeito passivo deveria ter apresentado a memória de cálculo representada por planilha analítica dos valores que alegou terem sido considerados na conta corrente fiscal. Por outro lado, tomando por base o demonstrativo do conta corrente fiscal acostado pelo autuante, fl.89, cujos dados foram extraídos da escrituração fiscal digital, os valores constantes na coluna “EstCred” que foram considerados como débito na apuração do imposto não coincidem com os valores constante no levantamento fiscal, o que me leva a concluir que não se referem a antecipação parcial. Repito o autuado deveria ter demonstrado aonde foram escriturados os valores da antecipação parcial.

Nestas circunstâncias, considero que não foi elidido o lançamento do item em comento.

Apreciando o requerimento do autuado para a produção de provas com base no artigo 123, parágrafo 5º e 6º do Decreto 7.629/99 e posteriormente, se ainda necessário, a produção de prova pericial, com base no artigo 123, parágrafo 3º do mesmo diploma legal, fica indeferido, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, *in verbis*: § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal, o sujeito passivo a considerou excessiva e que afigura-se em confisco. Observo que a multa aplicada foi de 60%, cujo percentual, amolda-se aos casos dos autos, devendo ser a mesma ser mantida, por estar prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e quanto a alegação de que é

confiscatória, o artigo 167, I, do RPAF/99 retira do órgão julgador administrativo apreciar tal questão.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272041.3007/16-2**, lavrado contra **PAPERCLIN COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HIGIÉNICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.766,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais. Devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR